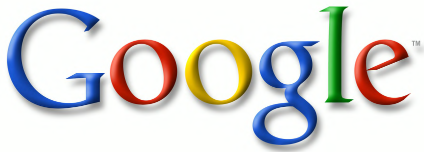
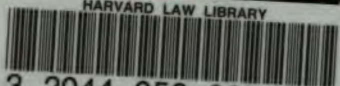

Google



Denmark 8

Villien som Forpligtelsesgrund.

Bidrag til Løsningen af et brændende Spørgsmaal

i Formueretten

af

N. Lassen.

Kjøbenhavn.

Den Gyldendalske Boghandel (F. Hegel.)

I. Cohens Bogtrykkeri.

1874.

Denne Afhandling er af det juridiske Facultet ved Kjøbenhavns Universitet funden værdig til at forsvares for den juridiske Doctorgrad.

Kjøbenhavn, den 27de Oktober 1874.

H. Matzen,
h. a. Dec. fac.

Forord.

Denne Afhandling er bleven til paa en Udenlandsreise. Ved Bedømmelsen af Arbeidet bedes Læseren have denne Omstændighed for Øie. Det Materiale, dansk Literatur og danske Domme frembyde til de Spørgsmaals Besvarelse, som i det Følgende ere behandlede, var mig ikke tilgjængeligt. Næsten udelukkende ere derfor fremmede særlig tyske Forfattere blevne benyttede. Efterat Leiligheden til at indhente det Forsømte senere har været mig givet, har jeg maattet indskrænke mig til uden Kommentar i Noter at henvise til danske Forfattere, hvilket jeg saameget lettere har kunnet gjøre, som mit Standpunkt til de citerede Steder tilstrækkeligt fremgaar af Texten. Om en Indarbeidelse kunde der ikke ret vel være Tale, en saadan vilde have medført en partiel Omarbeidelse, der maatte berøve Arbeidet dets Enhed. Det er nemlig denne Afhandlings første Afsnit, der vilde have faaet en anden Skikkelse. Den Polemik, der her er reist, saa berettiget den er i Tyskland, passer ikke ganske paa Danmark, hvòr man ikke har fulgt den romanistiske Videnskabs Yderligheder. At den desuagtet ikke vil savne Interesse, at der navnlig ikke har kunnet være Tale om, paa Grund af det Forhold, hvori den staar til de følgende Afsnit, at udelade noget af den, vil Læseren forhaabentlig

erkjende efter Afhandlingens Gjennemlæsning. Til Slutning endnu den Bemærkning, at Bestræbelsen i en særlig Grad har været rettet paa en let Forstaaelighed. Den Bredhed, der herved kan være opstaaet paa et eller andet Punkt, haaber Forfatteren ikke skal gjøre noget Skaar i Læserens velvillige Dom.

Kjøbenhavn, i August 1874.

Forfatteren.

§ 1. Indledning. Formuerettens individualistiske Udgangspunkter.

Rationalismen, saaledes som den i forrige Aarhundrede udviklede sig indenfor Retsvidenskaben, anser man nutildags i Theorien for et overvundet Stadium. Som bekjendt vilde denne Lære ud fra et enkelt Begreb — Friheden — ad logisk Vei deducere samtlige Retssætninger, den gjorde, som Stahl udtrykker det, Alles lige Frihed til Oversætning, Livsforholdet til Undersætning og fandt paa den Maade Retssætningen som Konklusion. Rationalisternes Skjødebarn var Kontrakten, deres Bestræbelse rettet paa at give Retsforholdene denne Basis, thi Kontrakten selv er en Akt af de Kontraherendes Frihed, dens Gyldighed synes umiddelbart at følge af selve Frihedsbegrebet. Staten selv var ikke andet end Resultatet af en mellem de enkelte Individer til Frihedens Beskyttelse indgaaet Overenskomst, Straffen var berettiget, fordi der ikke skete andet med Individet, end hvad han selv vilde, ikke af Ægteskabets Væsen men af Ægtefællernes Villie udledte man de Ægteskabet beherskende Normer. Det er nu ganske vist, at Villien i de nævnte Retninger har trukket sig tilbage, imidlertid er der endnu et Omraade, hvor den forment-

lig i utilbørlig Grad har bevaret sit Eneherredømme, og det er Formueretten, et Herredømme, som Theorien er sig vel bevidst, hvad Yttringer som «der Wille ist die vis agens des ganzen Privatrechts» [1]), «der Inhalt der Rechtsgeschäfte ist nichts als der Inhalt des Willens» [2]) tilstrækkeligt vise, neppe er det overdrevent, naar vi sige, at Retsvidenskaben ikke lader en Fjer falde fra den ene Formuesphære ind i den anden, uden idetmindste at gjøre Forsøg paa at finde Forklaringsgrunden hertil i de paagjældende Subjekters egen Villie. At der i denne Betragtningsmaade er skjult en Ensidighed, i hvilken Grunden til, at forskjellige Problemer hidindtil ikke have kunnet finde en fyldestgjørende Løsning, maa søges, at paavise dette i en enkelt Retning vil være denne Afhandlings Opgave. Her i Indledningen kræves det af os, at vi gjøre os rede for Formuerettens Udgangspunkter eller Grundbegreber. Idet vi som en Forberedelse til det Følgende lade disse glide forbi os, benytte vi samtidigt Leiligheden til i ganske almindelige Træk at tydeliggjøre den nylig fremsatte Beskyldning. Naar vi herved allerflygtigst dvæle ved Tingsretten, da er Grunden hertil at søge dels i Hensynet til det Følgende, som ikke staar i nogen Forbindelse med denne Del af Formueretten, dels deri, at de individualistiske Tendentser her, om end utvivlsomt tilstede, dog formentligt have været forbundne med færre Ulemper. Efter den rationalistiske Opfattelse vil Eiendomsretten — Tingsrettens Fundamentalbegreb — være at bestemme som den abstrakte Villies retsbeskyttede

---

[1]) jfr. Ihering: Über den Grund des Besitzschutzes p. 31.
[2]) jfr. Bruns i Holtzendorffs Encyclopädie. Anden Udgave. p. 342.

Herredømme over en Ting eller som Magten til at kunne gjøre med denne, hvad man vil. Eiendomsrettens Indhold vil ikke udtømmende kunne angives, thi det lader sig ikke udtømmende sige, hvad fornuftigt eller ufornuftigt et Individ kan finde paa med Hensyn til en Ting. Distinktionen mellem rørlige og urørlige Ting falder bort, eller faar dog kun Betydning i rent fysisk Forstand efter den forskjellige Modstandskraft, disse lægge den Handlende iveien, man kan t. Ex. kaste en rørlig Ting i Vandet, ikke en urørlig, Eiendomsretten bliver farveløs, ligesom Villien selv er dette, før en Beslutning er tagen. Nu er det indlysende, at ethvert Forsøg paa at bygge Tingsretten op paa de to Sætninger: Alt er Ret med Hensyn til en Ting, hvad Eieren vil og Intet er Ret, som Eieren ikke vil, saa hurtigt vil føre til uantagelige Resultater, at et konsekvent Forsøg derpaa aldrig vil blive gjort, exempelvis kan anføres, at efter en rationalistisk Opfattelse de begrændsede tinglige Rettigheders Antal vil blive uendelig stort, en Følgesætning, med hvilken ingen Handel og Vandel vil kunne bestaa. Hertil kommer, at just paa Tingsrettens Omraade Lovgivningen har været saa overordentlig frugtbar, at det Spillerum, Theorien faar, bliver temmelig ringe, om end naturligvis ingensinde ophævet. Ved Obligationsretten derimod maa vi opholde os længere. Obligationsrettens to Grundbegreber ere Kontrakt og Quasikontrakt. Paa vort Spørgsmaal: i Kraft af hvilket Princip bevæges Formuegoder fra en Retssphære ind i en anden, giver Retsvidenskaben os Svar ved at nævne hine to Fundamenter. Men er ikke herved direkte i Strid med vor Paastand en anden drivende Kraft for Formueomsætningen end Villien aabenlyst proklameret? Dette kan visselig ikke nægtes, imidlertid maa det erindres, at der

under Quasikontrakterne indbefattes et begrændset Antal Tilfælde, som saadanne Gjenstand for Hukommelsen, knyttede sammen til en ren negativ Enhed — Ikke-Villie. Afset fra, at vi altsaa ved Siden af Villien ikke have noget i videnskabelig Henseende produktivt Princip, er just hin Lære særlig egnet til at illustrere Nutidens Betragtningsmaade ved de Bestræbelser, der ere gjorte, og som idelig gjentage sig, paa at erobre enkelte Dele tilbage til Kontraktslæren. Enhver véd, at man har søgt at begrunde dens Ret, der uanmodet har varetaget en Andens Forretninger, til at faa sine Udgifter erstattede, paa Modpartens stiltiende Samtykke, fremdeles, at denne Begrundelse er urigtig, vi ville derfor fremdrage et andet ikke bevidst Forsøg, der henstaar temmelig uimodsagt. Den blotte Omstændighed, at A er bleven beriget paa B's Bekostning, medfører under visse nærmere Betingelser en Fordringsret for denne. Forsaavidt nu hin Berigelse er indtraadt ved en tilfældig Begivenhed, skal man finde Vanskelighed ved at begrunde B's Krav paa A's Villie, da der i de givne Forhold mangler ethvert realt Grundlag for en Overenskomst. Anderledes hvor den — hvad der yel er det sædvanligste — hidrører fra B's frie Handling. Tænke vi paa det hyppigste Tilfælde — condictio indebiti — da frembyder sig den Mulighed, i B's tidligere Betalingsretshandel umiddelbart at finde Aarsagen til de senere indtrædende retlige Virkninger, at betragte disse, der som bekjendt bestaa deri, at det Erlagte kan søges tilbage, uden at dog en Vindikation med Hensyn til det kan gjøres gjældende, som en blot og bar Udfoldelse af, hvad der implicite er indeholdt i hin. Gaas der ud herfra, vil Eiendommeligheden ved den tidligere afgivne Villie være at undersøge; denne vil man være tilbøielig til at

finde deri, at der er betalt i Forudsætning af Noget, som ikke var virkeligt. Hvor denne Eiendommelighed gjentager sig ved andre Villieserklæringer maa altsaa de samme Virkninger indtræde, ligesom omvendt hvor det er givet, at disse indtræde, en Slutning tilbage til, at Villien har havt hin Form er tilladt. En Opfattelse som den nævnte finde vi virkeligt i en nyere Fremstilling. Windscheid [1]) har indført ved Siden af Betingelser og Tidsfrister en tredie Art af Villiesindskrænkninger, som han har givet Navnet «Forudsætning», hvis Særkjende i Modsætning til Betingelsen altsaa bestaar deri, at ved den ikke Retsforholdets Existents gjøres afhængigt af Noget, men derimod den ved Retshandlen indtraadte Formuetilvendelse. Det interesserer os her mindre, at det saaledes dannede Begreb er ulogisk, overhovedet ikke kan gjøre Krav paa nogen særegen systematisk Plads og endelig, at det for samme valgte Ord er meget uheldigt.[2]) Derimod maa vi her frem-

---

[1]) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850, Pandekten, 3die Udgave §§ 97-100 p. 249 ff. II. § 423 ff. p. 543 ff.

[2]) ulogisk, ti det indeholder slet ikke nogen Villiesindskrænkning. Vi tænke os som Prototypen følgende Exempel: Jeg overdrager Dig Eiendomsret over denne Ting, hvis jeg ikke skylder den, skal Du være obligatorisk forpligtet til at give mig den tilbage. Hvad er her indskrænket? Ikke Eiendomsoverdragelsen. Formuetilvendelsen? In abstracto gives der ingen Formuetilvendelse, altsaa heller ikke nogen indskrænket. Har ikke Krav paa nogen særegen systematisk Plads, thi for at blive ved det anførte Exempel, vi have en Eiendomsoverdragelse + Stiftelsen af en betinget Fordring, med andre Ord ikke et nyt Begreb, men kun en simpel Sammensætning af to andre, der hvert for sig udførligt behandles paa sit Sted i Systemet og hvis simple Addition ikke kan forvolde Vanskelighed. Hvad Windscheid i sine Pandekter anfører mod det sædvanlige Begreb modus, at det har økonomisk

hæve det Uberettigede i udenvidere at forudsætte, at de Virkninger, der indtræde, naar en Ikke-Skyld betales, lige frem ere indeholdte i selve Betalingsretshandlen. Det er tænkeligt, at man kan se denne fra to forskjellige Sider. Enten kan man holde sig til, hvad den Betalende virkeligt vilde, da maa ethvert senere Søgsmaal falde bort, thi at den Betalende, hvor han urigtigt gik ud fra, at der existerede en Skyld, baade vilde Eiendomsrettens Overgang og den med samme forbundne definitive Berigelse, derom kan der ingen Tvivl være. Vilde den Betalende senere benægte dette, vilde han beskylde sig selv for et irrationelt Menneske, der har havt en Grund til at handle, men dog ikke er kommen til den Beslutning, Grunden nødvendigt maatte medføre. Eller til, hvad den Betalende hypothetisk vilde, isaafald kommer man til ubetinget Vindikation, thi havde det været den Betalende bekjendt, at han ikke skyldte, vilde han hverken have

---

ikke juridisk Interesse er sandt, men passer ikke mindre paa hans eget Begreb. Sædvanlig behandler man under en særegen Rubrik alle Bestemmelser, der formindske Værdien af en Formuetilvendelse. Windscheid vil kun give saadanne en egen Plads, som efter Omstændighederne gjøre Formuetilvendelsén = 0. Denne Forskjel er kvantitativ. Det valgte Ord er uheldigt, ti da ingen Beslutning tages uden Grund, denne som ratio er „sat forud“ for Bestemmelsen, gives der altsaa ingen Villie, som ikke er afgiven under en „Forudsætning“. Dette Ord indbefatter ogsaa Betingelsen under sig. Windscheid lader sig selv af det uheldige Udtryk forlede til urigtige Afgjørelser jf. den nævnte Monographi p. 81. Enten man siger: Jeg overdrager Dig Eiendomsretten, dog kun under Betingelse af — eller, dog kun under Forudsætning af, er ligegyldigt. At ogsaa i sidste Tilfælde Eiendomsretten kun betingelsesvis er overdragen, fremgaar af selve Sætningsbygningen, mod hvilken sprogligt Intet kan indvendes. Den anden Sætning indeholder en virkelig Begrændsning af den første.

overdraget Eiendomsret eller beriget Modparten. Just for det Resultat, der utvivlsomt indtræder, naar en Ikke-Skyld betales, frembyder Villien ingen Forklaringsgrund. Men dernæst den Eiendommelighed ved Betalingsretshandlen, at den afgives i Forudsætning af Noget, som ikke er, i hvilken implicite Aarsagen til de senere indtrædende retlige Virkninger skal søges, behøver slet ikke at være tilstede, en condictio indebiti kan være hjemlet uden den.[1]) Omvendt indtræder det i mangfoldige andre Tilfælde, at en Præstation ydes i Forudsætning om Noget, der er af en saadan Betydenhed, at det staar fast, at den Ydende ikke vilde have præsteret, hvis Forholdene, som

---

[1]) Dette kan oplyses ved følgende Exempel. A havde i hver Maaned at gjøre Indbetalinger til B af en større Sum. Da det regelmæssigt hændte, at B efter Modtagelsen underrettede A om, at han havde gjort sig skyldig i en Feiltælling, tabte denne, der var sig bevidst altid med største Samvittighedsfuldhed at aftælle Beløbet, til Slutningen Taalmodigheden, han kaldte flere Vidner til, i hvis Nærværelse Summen nøiagtig blev talt, og 5 Rdl. mere lagt til, for at undersøge, hvorledes B. nu vilde stille sig. Denne meldte som tidligere, at der manglede Noget i det skyldte Beløb. Har A i det nævnte Tilfælde condictio indebiti med Hensyn til de 5 Rdl.? Herpaa synes det ikke betænkeligt at svare Ja, uagtet Debitor ikke var gaaet ud fra nogen Forudsætning. I denne kan altsaa Grunden til cond. indeb. ikke søges. Man tænke sig, for at holde Spørgsmaalet rent, B uden dolus. — For at tage et Exempel fra et andet Omraade: naar Politiet gjør Indkjøb af Mælk, da sker det i den Forudsætning, at Mælken er forfalsket. Sæt at Undersøgelsen bekræfter Politiets Formodning, er det da afskaaret fra at forlange sine Penge tilbage? Utvivlsomt ikke, men da kan Grunden til Tilbagesøgningen af en Kjøbesum paa Grund af den kjøbte Gjenstands værdiforringende Egenskaber ikke søges i Kjøberens Forudsætning om disses Ikke-Existents, ti Politiet forudsatte just deres Existents. Man tænke sig atter her Mælkehandleren uden Svig.

de vare eller senere udviklede sig, havde været den Ydende bekjendte, uden at nogensomhelst Adgang til at kuldkaste de retlige Virkninger gives. Herpaa behøve vi ikke at nævne Exempler. Hvor er nu Grændsen mellem de Tilfælde, hvor Forudsætninger faa Virkning og hvor dette ikke er Tilfældet? Windscheids Forsøg[1]) paa i selve Villien at finde Distinktioner, er ikke heldigt. Tydeligst se vi maaske det Uberettigede i den bekæmpede Theori ved at lade den, der betaler en Ikke-Skyld paa Grund af Vildfarelse, i Ord udtrykke, hvad implicite skal ligge i hans Handling, altsaa naar vi, istedenfor Ordene: herved sender jeg Dig 100 Rdl. som Betaling af min Skyld, sætte «herved overdrager jeg Dig Eiendomsretten over 100 Rdl., hvis jeg ikke skylder, skal Du restituere Beløbet». Det er nemlig ingenlunde ligegyldigt, om den ene eller anden Form er valgt. I det førstnævnte Tilfælde indtræde Virkninger, der efter den sidste Formulering maatte være en Umulighed. Hvorledes kunde efter den Kondiktionen være udelukket, naar en Retsvildfarelse laa til Grund for Betalingen, hvorledes, naar der existerede en naturlig Forpligtelse? Hvilken Forklaring vilde man finde til, at en Tilbagesøgning kan afskjæres, naar lang Tid er hengaaet efter Betalingen, hvor findes Hjemmel til en eiendommelig Præskription af en udbetinget Betaling? Kunde Kondiktionen finde Sted fra en Umyndig? Hvorledes endelig kunde overhovedet Berigelsen komme til at spille en Rolle? Man tænke paa følgende Tilfælde. A, der feilagtigt tror at skylde Penge til B, betaler sin formentlige Gjæld efter dennes Opfordring til C, der er B's virkelige Kreditor.

---

[1]) jf. den citerede Monographi p. 85 ff.

De romerske Jurister lade her C beholde, hvad han har faaet. Dog er det her ikke mindre sikkert, at A har betalt i en urigtig Forudsætning. Windscheid søger Forklaringen i sin uholdbare Distinktion mellem «første» og «sekundære» Hensigter. Kun de «første Hensigter», der forfølges med en Erklæring skulle involvere en «Forudsætning». I det nævnte Exempel er det nu efter Windscheid A's «første Hensigt» at betale B's Gjæld til C, den opnaar han virkelig. Man ser, at herefter Windscheid, hvis man tænkte sig det anførte Exempel forandret saaledes, at A virkelig skyldte til B, men denne kun putativt til C. maatte indrømme A mod B's Villie en Tilbagesøgning fra C, eftersom jo A ikke havde opnaaet sin «første Hensigt» at udslette B's Gjæld [1]). Forgjæves vil man ved udelukkende at stirre paa Betalingsretshandlen finde Forklaringen til, at i det ovenstaaende Exempel A afskjæres fra Kondiktionen overfor C. — Vi tro, at det Anførte kan være tilstrækkeligt til at tydeliggjøre saavel Tendentsen at drage visse Kondiktioner ind under Kontraktslæren som det Uberettigede i samme. Selv der, hvor Berigelsen er indtraadt ved en Persons Retshandel,

---

[1]) Den Betalende sætter en Kausalitetsrække i Bevægelse for at opnaa et vist Endemaal — sin Frigjørelse for Gjælden. Windscheid griber nu det første Led i Kausalitetsrækken og stempler den som „første Hensigt". Havde han grebet lidt dybere, vilde han formentlig være kommen til at forkaste enhver condictio indebiti. Han kunde nemlig da have ræsonneret: Den, der betaler Penge til en Anden, vil, at denne Anden skal have Eiendomsret over Pengene, dette er hans „første Hensigt". Følgen af, at Modparten erhverver Eiendomsretten skal være Gjældens Udslettelse, dette er den „sekundære Hensigt". Skylder han slet ikke Penge, saa har han dog altid opnaaet den primære Hensigt. Altsaa kan condictio indebiti ikke finde Sted.

bliver der dog altid i de retlige Følger et Inkommensurabelt, for hvilket man forgjæves vil søge Forklaringen i den tidligere afgivne Erklærings Indhold. Vi vende os herefter til selve Kontraktslæren. Afset fra de faa for deres Tilværelse kæmpende kvasikontraktmæssige Fundamenter, er det altsaa Obligationsrettens ubetinget dominerende Regel, at Enhver, der optræder med Krav paa en Anden, i dennes Villie maa kunne paavise sin Fordrings Berettigelse. Forholdet maa ikke opfattes som ved Ægteskabet, de Pligter, dette medfører, have middelbart deres Grund i de Villieserklæringer, ved hvilket det blev stiftet. I Obligationsretten er Behandlingen principiel anderledes, Villien er her den umiddelbare Kilde til de Retsvirkninger, der overhovedet indtræde. Det er tænkeligt, at ikke alt det er Ret, som er villet, derimod utænkeligt, at noget er Ret, som ikke er villet. Men lader virkelig det fremhævede Synspunkt sig fastholde? En Betænkelighed kommer her strax frem. De Forbindelser, i hvilke Individerne træde til hinanden, muliggjøre, hvor simple de end i og for sig ere, dog altid saa mange forskjellige Kombinationer, at det er umuligt at forudse disse. Naar nu et ikke forudset Punkt, om hvilket det altsaa har været ugjørligt at træffe en Bestemmelse, fremlægges til retlig Afgjørelse, hvorfra skal saa Normen hentes? Konsekvent taget kan Forholdet slet ikke blive afgjort, det er allerede uberettiget her at ty til den »formodede» Villie. Imidlertid afset herfra, hvorledes gaar det saa, naar det staar fast, at enhver af Parterne i et Kontraktsforhold, hvis det omstridte Punkt var kommet paa Tale ved Afslutningen, vilde have truffet en forskjellig Afgjørelse, et Tilfælde, der egentlig indtræder i de fleste Processer mellem fuldstændig ærlige Mænd?

Kategorien «formodet Villie» slaar her ikke længere til, den maa vige Pladsen for «fingeret Villie», det vil sige, en ikke-virkelig Villie indskydes som Grundlag for en andensteds end i Villien funden Afgjørelse, vel at mærke uden at Fiktionen i Reglen fremtræder som saadan. Naar Dommeren, hvor en Tvistighed er opstaaet af en tvetydig Kontrakt, fælder Dommen i dens Disfavør, der har affattet Kontrakten [1]), skjøndt Koncipienten bevislig med de brugte Ord har forbundet en anden Mening, end Dommen statuerer, eller naar Dommeren til syvende og sidst finder sit Holdepunkt i Parternes sociale Stilling, og i en Proces tillægger de samme Ord, brugte af samme Person, en forskjellig Betydning, eftersom den, overfor hvem de bleve brugte var Baron eller Husmand [2]), hvem kan da være blind for at Afgjørelsen er sket i Kraft af et andet Princip end Villien? Og naar vi nu tilføie, at hin Virksomhed af Jurisprudentsen faar Navnet Fortolkning, hvorved atter forstaas Udfindelsen af en Persons sande Villie, altsaa naar vi med andre Ord karakterisere en Virksomhed, hvis Særkjende just gaar ud paa Tilsidesættelsen af Villien, som Udfindelsen af en Parts «sande Villie», hvem vil da nægte Fiktionens Tilstedeværelse? Hvorledes kan det samme identiske Begreb involvere en helt forskjellig Fremgangsmaade, det at finde t. Ex. en Lovgivers Villie være en anden Virksomhed end at finde en Kontrahents Villie? Endnu en karakteristisk Maade, paa hvilken man søger at hjælpe sig med Villien, maa vi omtale, som vi ville knytte til et Citat af Goldschmidts

---

[1]) jf. Windscheid Pandekten I, § 89 p. 208.

[2]) jf. Gram Formueret II, 1ste Bind p. 212.

Handelsrecht I, b. p. 997. Her udtales: «ikke overalt er Beviset af en Parts Villie nødvendig, det er tilstrækkeligt, naar Villien af den Grund maa forudsættes, fordi dens Mangel vilde stride mod Tro og Love[1]).» Man ser, at herved indføres et fuldstændig nyt Fundament jevnsides med Villien, ifølge hvilket det er nødvendigt i visse Tilfælde at ville. Hvilket Omfang denne Pligt at ville har, hvorfor det i det Hele taget er nødvendigt, naar et vist Resultat skal begrundes, da ikke direkte at støtte dette paa de Kjendsgjerninger, der foreligge, men først at indskyde en Villie, derom søge vi forgjæves Oplysning. Unægtelig det er sandt, at ved alle hine i det Foregaaende berørte Kategorier den «virkelige» og «egentlige» Villie, «formodede» og «fingerede» Villie, den ifølge eiendommelige Regler udfundne «sande» Villie, endelig hin sidstomtalte bona fides Villie Obligationsrettens formelle Enhed er bevaret og en dermed sammenhængende tilsyneladende Simpelhed opnaaet, men om denne Enhed ikke er opnaaet paa Bekostning af Sandheden,

---

[1]) I l. 26 § 4 D. 12-6 omtales det Tilfælde, at en Debitor, der skylder 100, i den Tro, at han skylder 200, til Kreditor overdrager et Grundstykke af Værdi 200 i Betalings Sted. Der gives nu Debitor Ret til at forlange dette tilbage, men samtidig indrømmes der Kreditor Retentionsret med Hensyn til det. Denne Retentionsret støtter Goldschmidt ved det i Texten anførte Ræsonnement paa Debitors egen Villie. Paa dette Sted kunne vi ogsaa henvise til Evaldsen: Om Fuldmagt p. 39, hvor det siges, at Kommittenten, der giver Kommissionæren en Ting i Salgskommission med den Ordre ikke at sælge den uden under visse Betingelser, ikke kan (skal vel være ikke maa) ville andet end Eiendomsrettens Overgang til Trediemand, selv da naar Tingen er solgt mod hans Ordre. Det vilde være interessant at faa præciseret i en bestemt Sætning, naar Individerne ere nødte til at anskaffe sig en vis Villie.

turde dog være et Spørgsmaal. Paa den i det Foregaaende omtalte Maade, forekommer det os, er der Intet, som sker i Retssphæren, der ikke vil kunne henføres til Villien, man kan t. Ex. ligesaa godt begrunde, at Fundamentet for et Individs Henrettelse er hans Villie, thi man kan jo simpelthen fingere denne eller «fortolke» den forbryderiske Handling saaledes, at Henrettelsen implicite ligger i den, eller, hvis man ikke er tilfreds med disse Udveie, gjøre gjældende, at den, der foretager en saa skændig Handling som et Mord, er «ethisk forpligtet til» i Samhandlens Interesse «at ville» sin egen Undergang. Neppe vil Kriminalretten vinde noget ved Indskydelsen af dette Synspunkt, men ligesaalidt gjør Civilretten det. I Erkjendelsen heraf vil det i det Følgende blive fastholdt, kun da at henføre en retlig Virkning til en Villie, hvor en saadan virkelig foreligger.

Første Afsnit.

Uoverensstemmelse mellem Villiesbeslutning og Villieserklæring.[1])

§ 2. Fremstilling og Kritik af Videnskabens Resultater.

Naar en Klaverspiller foredrager os en Melodi falsk, da kan dette have en dobbelt Grund, enten den, at han husker Melodien galt, eller den, at han, ihvorvel tænkende denne rigtigt, griber en feil Tangent. Naar en retlig Villieserklæring forelægges os til Bedømmelse, frembyder sig de samme to Muligheder for, at den er falsk, det kan paa den ene Side være, at den Beslutning, hvis udvortes Udtryk Erklæringen er, virkelig blev tagen, men kun i Kraft af falske Grunde, paa den anden Side er det tænkeligt, at slet ikke hin Beslutning, men en derfra helt forskjellig blev til, ved hvis Meddelelse imidlertid den Paagjældende, for at blive i Billedet, greb feile Tangenter. Kun den sidste Mulighed beskjæftiger os her. Uoverensstemmelsen mellem Beslutning og Erklæring kan være 1) forsætlig t. Ex. man nedskriver en Vexel, uden at

---

[1]) jfr. hertil Ørsted i Jur. Tidssk. Bd. 14, 2. Hefte p. 245 ff. og i Haandbog 5. Bd. p. 102. Larsen Privatretlige Foredrag I. p. 100. Gram den danske Formueret 2. Del 1. Bd. p. 186. Aagesen i Universitetets Indbydelsesskrift af 1866 p. 171. Scheel i Privatrettens almindelige Del II. § 122.

nogen Forpligtelsesvillie ligger bagved, for at narre en Anden, for Spøgs Skyld, i Undervisningsøiemed osv. eller 2) uforsætlig, man fortaler eller forskriver sig, man vil skrive 10, men sætter et 0 for meget. Herunder falder ogsaa de i praktisk Henseende ikke uvigtige Tilfælde, hvor vel de brugte Ord eller Tegn ere villede, men hvor man t. Ex. paa Grund af Ukjendskab til Sproget har tillagt disse en anden Betydning end den, der tilkommer dem. Hvilken Regel gjælder nu, naar der er indtraadt Konflikt mellem Villiesbeslutning og Villieserklæring, gaar hin eller denne af med Seiren? Svaret herpaa kan ikke være tvivlsomt. Det Forpligtelsen ene konstituerende er jo Villien; naar et Individ har lovet en Hest, men ment en Ko, kan man dog umuligt ud af hans Frihedsbegreb deducere Forpligtelsen til at præstere Hesten. Og hvorpaa skulde denne ellers bero? Nødvendigt maatte vi jo have et andet Princip end Villien — om Kvasikontrakt kan her ikke være Tale — dette mangle vi, dermed er Sagen afgjort. Til Ikke-Villie svarer Ikke-Forpligtelse. Af det Anførte indlyser fremdeles, at enhver nærmere Undersøgelse, saa saare det staar fast, at Villien har manglet, er irrelevant: Om den Paagjældende forsætligt eller uforsætligt har udtalt noget usandt om sin Villiesbeslutning, i sidste Fald om han har fortalt sig eller af Ukjendskab til Sproget brugt det urigtige Ord, om Feiltagelsen var undskyldelig eller ikke, om Modparten havde opdaget den eller ikke, i første Fald om Motivet var at skade en Anden eller ikke — alle disse Omstændigheder maa være aldeles ligegyldige, thi det Faktum, at Villien manglede, er trods dem en urokkelig Sandhed. I Overensstemmelse hermed er ogsaa Systemets Regel. Allerede de romerske Jurister anerkjende denne i mangfoldige

Afgjørelser[1]. I alle betydeligere Nutidsfremstillinger, der gaa nærmere ind paa Sagen, finde vi den ikke alene opstillet, men tillige med stor Styrke fremhævet, at den ubetingede Nullitet af en Erklæring, bagved hvilken ingen Villie staar, ikke er Følgen af en Vildfarelse, i hvilken den Erklærende muligvis har svævet, ikke heller har sin Grund i en vilkaarlig Hensyntagen til Parternes subjektive Interesser, men derimod er en af Formuerettens Grundbegreb følgende Konsekvents[2]. Den Regel, vi have at operere med, er altsaa overordentlig simpel, men det kan heller ikke skjules overordentlig farlig, forsaavidt med den Videnskaben har talt det sidste Ord, thi er efter den ikke Enhver fuldstændig prisgiven sin Medkontrahents Ærlighed? Det er vel sandt, at der ikke godt kan være Tvivl om, at den, der paastaar, at der bagved hans Erklæring ikke laa nogen Villie, selv maa have Bevisbyrden herfor, at paalægge Modparten at godtgjøre Erklæringens Overensstemmelse med Beslutningen, vilde være en Urimelighed. At herved er vundet Noget, kan ikke nægtes[3], men at der endnu ikke er vundet nok, til at Handel og Vandel kan bestaa med hin Regel, det har man til alle Tider følt. Naar man, skjøndt man reelt har maattet, ialfald i nogle Tilfælde, anerkjende en Forpligtelse trods Ikke-Villie, alligevel ikke er kommen til at anerkjende Reglens Ensidighed og til Opstillelsen af et andet Princip, da skyldes dette Fiktionens Hjælp. I nærværende og følgende § ville de Inkonsekventser, i hvilke Videnskaben

---

[1]) jf. navnlig l. 83 § 1, l. 137 § 1 D. 45—1, § 23 I. 3—19.

[2]) jf. exempelvis Unger Österreich. Privatrecht II. § 89 p. 122, Waechter Würtemb. Privatrecht II. § 102 p. 743, Windscheid Pandekten I. § 76 p. 180, Savigny System III. § 134 p. 258.

[3]) jf. Scheel l. c. p. 67.

ved Livets Krav er bleven tvungen ind, blive fremstillede. Naar disse ere blevne erkjendte som saadanne, Reglens Ensidighed ved dens Følgesætninger er bleven klar, ville vi i § 4 kunne gaa over til den positive Bestemmelse af det Princip, i hvilket Nøglen til de nu som Inkonsekventser staaende Sætninger formentlig findes.

1. Den samme Enighed, der findes om den i det Foregaaende angivne Hovedregel, træffe vi derom, at der ikke kan tages Hensyn til den saakaldte reservatio mentalis. Karakteristisk er det imidlertid, at en nøiagtig Bestemmelse af, hvad der forstaas herunder, ikke forsøges. I Forlegenheder er det ikke ganske uden Nytte at kunne flygte ind under et uklart Begreb. I og for sig skulde man tro, at der ved reservatio mentalis forstaas en egen Art af forsætlig Uoverensstemmelse, muligvis, hvad man undertiden finder forudsat, en saadan, bag hvilken et særeget ondt Motiv ligger, imidlertid stemme ikke hermed de Tilfælde, vi finde subsumerede under det nævnte Begreb. Efter Ihering[1]) bindes Studenten, der i lystigt Lune gaar over Torvet og her gjør Indkjøb af Hø·læs, ved de afsluttede Kjøb. Hans »Einrede des Scherzes darf garnicht zugelassen werden.« Den, der derimod, for at vise en Anden Vexelformen, nedskriver en Vexel, som ved den Belærtes Misbrug kommer ind i Omsætningen, bindes ikke ved sin Erklæring. En Dansk, der i Hamborg kjøber en Vare, hvis Pris er angiven i »Schilling«, hvilket han antager for ensbetydende med Skilling, kan gjøre Kjøbets Nullitet gjældende, men er han en Kjøbmand, som staar i Forretningsforbindelse med Hamborg, bindes han, selv om han in concreto er gaaet ud fra, at

[1]) Jahrb. f. Dogmatik, IV, p. 74.

Prisen var fastsat i danske Penge. Med en Paastand herom »würde er garnicht gehørt«[1]). Om Grunden til disse forskjellige Afgjørelser lede vi forgjæves. Vi have heller ingen Interesse i her at forsøge Grændsebestemmelsen, det kan foreløbigt være os nok, at det almindlig er antaget, at overhovedet en vis Art af ialfald forsætlig Uoverensstemmelse mellem Villiesbeslutning og Erklæring er irrelevant. Hvorpaa støttes dette? Som de af Ihering citerede Yttringer vise, nøies man i Almindelighed med den kategoriske Udtalelse, at en Uoverensstemmelse »ikke kan antages«, kun to tilsyneladende Begrundelser af den eiendommelige Behandling, man anvender med Hensyn til reservatio mentalis, har Forf. været istand til at finde. Den ene findes hos Savigny[2]). Efter ham er hele Retsordenen »baseret paa Tilforladeligheden af de Tegn, ved hvis Hjælp Mennesker alene ere istand til indbyrdes at træde i Forbindelse med hinanden«. Heraf følger, at en res. ment. ikke kan paaberaabes. Den citerede Oversætning er i den Almindelighed, hvori den fremtræder, urigtig. Af den vilde følge, at et Individ bandtes ved en Erklæring, som en Anden falskelig havde forsynet med hans Underskrift. Den, der herved var bleven skuffet paa en ham fuldstændig utilregnelig Maade, vilde utvivlsomt kunne skyde sig ind under hin postulerede Tilforladelighed. Sætningen kan derfor, saa længe den ikke er begrændset, overhovedet ikke benyttes til nogen Slutning, allermindst til den, hvortil Savigny bruger den. Umuligt vil Nogen kunne forstaa, hvorledes hin eminent almindelige Grund kan føre til, at just reservatio mentalis og

---

1) l. c. p. 79.
2) Jf. til det i Texten Anførte, System III, p. 257—263.

kun denne bliver underkastet eiendommelige Regler. Mellem Præmisserne og Konklusionen finder derfor ikke det rette logiske Forhold Sted, Savigny ender til Slutningen ogsaa formelt med den Fiktion, at en Uoverensstemmelse i det omhandlede Tilfælde ikke kan antages [1]). Den anden findes hos Windscheid [2]). Efter ham kan en reservatio mentalis ikke paaberaabes, »thi den er et indre Faktum, der som saadant ikke kan bevises.« Enhver véd imidlertid, at i Kriminalprocessen et »indre Faktum« daglig bevises hundrede Gange, at Windscheids Grund altsaa ikke kan være rigtig. — Hermed er Resultatet angivet: i visse ikke nærmere bestemte Tilfælde skal en Uoverensstemmelse »ikke antages«, i visse Tilfælde skal Dommeren slet »ikke høre paa den«, der paastaar en saadan. Selv da, naar Modparten meget godt har vidst, at den Erklærende slet ikke mente, hvad han sagde, vilde han dog i disse Tilfælde følgerigtigt kunne støtte Rettigheder paa Erklæringen, thi naar dennes Ophavsmand vilde gjøre gjældende, at han ikke mente, hvad han sagde, og at dette var Modparten bekjendt, vilde han jo allerede strande paa den første Del, som han efter Ihering »slet ikke vilde blive hørt med« og efter Windscheid »slet ikke vilde kunne bevise«. Det Utilfredsstillende i det anførte Resultat behøver ikke at fremhæves. Hvorledes Sagen vendes og dreies, det staar fast, at ogsaa der, hvor en reservatio mentalis foreligger, Villien har manglet, det muligvis onde Motiv, der har ligget bagved en løgnagtig Erklæring, er ikke istand til at gjøre denne til en sand-

---

1) Med Savignys Begrundelse stemmer i det Væsentlige Scheel's i Privatrettens almindelige Del II, § 122.

2) Pandekten I, § 75, p. 179, Anm. I.

dru. Hvis altsaa Villien er det eneste Fundament for Forpligtelsen er Ikke-Ansvaret overalt i det Foregaaende en ubestridelig Følge. Er man ikke tilfreds hermed, nødes man til at søge efter et andet. At vi staa overfor dette Enten—Eller, derom kan der ikke strides.

2. Medens paa det paagjældende Sted i Systemet den i sin Helhed ikke-villede Erklærings ubetingede Nullitet læres, hvorfra reelt om end, som vi have set, ikke i Formen kun den under 1 anførte Undtagelse gjøres, overraskes vi paa et andet Punkt, nemlig i den saakaldte Fortolkningslære, af den Sætning, at en Erklæring maa »fortolkes« saaledes, som Modparten efter samtlige foreliggende Omstændigheder maatte opfatte den. »Enhver Kontrahent har Ret til Modpartens Erklæring i den Mening, hvori han maatte opfatte den« [1]), Dommerne maa ikke se »paa saadanne Kjendsgjerninger, som nok sætte den Talendes Hensigt udenfor al Tvivl, men som ikke vare eller burde være Modparten bekjendte« [2]), derimod »kan kun det gjælde som Kontraktens Indhold, hvad Parterne overensstemmende vilde« [3]). Det vil være hensigtsmæssigt at anskueliggjøre Betydningen af den nævnte Fortolkningsregel ved et Exempel, hentet fra l. 110 § 1 D. 45—1. A sælger til B for en bestemt Sum hele »den kvindelige Garderobe«, af hvilken han er i Besiddelse. Der opstaar nu Strid mellem Parterne om et Klædningsstykke, som A pleier personligt at bruge, men som er af kvindeligt Snit. A har ved Salgserklæringen ikke havt dette isinde, B derimod har troet ogsaa at

[1]) Windscheid Pandekten I, § 84, p. 209.
[2]) Ihering l. c. p. 72.
[3]) Wächter l. c. § 108, p. 775.

kjøbe dette, hvem af Parterne har Ret? Her griber vor Regel ind paa den Maade, at det omstridte Klædningsstykke vil være at tillægge B. Det er muligt, at denne Afgjørelse i og for sig er rigtig, men det er vist, at den fra det Standpunkt, hvorfra der gaas ud, fremtræder som en Vilkaarlighed, der skjules under Ordet »Fortolkning«. Naar A's Villie bevislig har gaaet ud paa ikke at sælge, er det et uberettiget Experiment at vende denne Villie fuldstændig om, naar den Regel gjælder: uden Villie ingen Forpligtelse, maa nødvendigvis til en partiel Villie svare en partiel Forpligtelse. Dette er ligesaa sikkert som det er givet, at naar $0 = 0$, da $4 + 0$ aldrig kan give en tredie Størrelse 5. Hvor vil man desuden drage Grændsen, hvor gjælder Reglen om ikke-villede Erklæringer, hvor kommer Fortolkningssynspunktet frem? For den første skal der være Anvendelse, naar overhovedet Intet af Erklæringen er villet, for den sidste, naar Noget er villet, men hvor meget, Halvdelen, Fjerdedelen? Sæt at A i det omspurgte Exempel havde sagt, at han vilde sælge »Garderoben«, men ment sin Kvægbesætning, skal Salgserklæringen være en Nullitet, hvorledes naar han istedetfor »kvindelig« havde ment »mandlig«, hvorledes naar han under Garderoben kun havde forstaaet Kjolerne, eller kun Undertøiet eller endelig kun en bestemt Kjole? Hvor afløses Salgserklæringens Nullitet af dens fuldstændige Gyldighed? Forgjæves søge vi Oplysning, man forudsætter med stor Bestemthed [1], at der er en Grændse, men hvor denne ligger, har Ingen søgt at vise. Havde man gjort Forsøg derpaa, vilde man være kommen til Erkjendelse af, at en saadan overhovedet ikke gives, at

---

[1]) Ihering l. c. p. 72 og 74.

der paa de rent kvantitative Forskjelligheder her ikke lader sig bygge kvalitativt forskjellige Regler. Sagens Stilling er som under 1 fuldstændig klar. Indeholder Udgangspunktet den fulde Sandhed, vil den her omtalte Fortolkningsregel ubetinget være at forkaste, vil man fastholde den, maa dens Berettigelse søges i et andet Fundament end Villien.

§ 3. Fortsættelse.

Indtil for faa Aar siden vare de i det Foregaaende angivne Resultater Alt, hvad den paa romersk Grundlag opbyggede Retsvidenskab indeholdt om Uoverensstemmelse mellem Beslutning og Erklæring. Det er Ihering, hvem Fortjenesten tilkommer for i den ofte citerede Afhandling at have gjort opmærksom paa deres Utilstrækkelighed. Han anskueliggjør denne ved flere træffende Exempler. Sæt at A bestiller 100 Pund af en Vare, men ved Nedskrivningen forvexler Pund- og Centnertegnet, og nu de 100 Centner blive sendte ham, men af ham tilbagesendte; sæt at en Theaterdirektør, der vil engagere en berømt Sangerinde, ved Udskriften forvexler hendes Navn med hendes Søsters, der ligeledes er Sangerinde, og som nu i god Tro foretager Reisen til Engageringsstedet, skal virkelig i første Tilfælde Sælgeren bære Udgifterne ved Frem- og Tilbagesendelsen af de 100 Centner, i sidste Fald Sangerinden de ved den forgjæves Reise foraarsagede Omkostninger? Bogstavelig taget maatte vi, hvis vi i det Foregaaende have lært den fulde Sandhed at kjende, blive staaende ved dette Resultat, thi det er indlysende, at end ikke de eiendommelige Regler om den saakaldte reservatio mentalis og om »Fortolkningen« her ville kunne

hjælpe. Umuligt tillader os den naturlige Retsfølelse dette, den postulerer decideret Ansvar henholdsvis for Kjøberen og Theaterdirektøren. Men er Ansvar nødvendigt, bliver det Videnskabens Opgave at finde det Synspunkt, ud fra hvilket dette skal forstaas. At Kjøbet af de 100 Centner og Engagementet af Sangerinden paa Grund af Ikke-Villie er en Nullitet, det anser Ihering for utvivlsomt. Det Ansvar, her er Tale om, kan kun gaa ud paa, at den Skuffede stilles saaledes, som om Udsigten til Kontrakten aldrig var bleven aabnet, eller paa, som Ihering har kaldt det, den negative Kontraktsinteresse. Men hvorpaa skal det begrundes? Da i de omspurgte Tilfælde en Kontrakt ikke synes at være kommen istand, henvises vi uvilkaarlig til at søge vort Støttepunkt i Skadeserstatningslæren, her finde vi imidlertid ingen Trøst. Denne giver os kun Valget imellem Lex Aquilia og actio doli. At den første Lov er uanvendelig, er klart, thi den forudsætter en synlig Beskadigelse af ydre Gjenstande, hvorom der t. Ex. for Sangerindens Vedkommende slet ikke kan være Tale, ligesaa lidt er actio doli mulig, thi et Forsæt at skade findes slet ikke hos Theaterdirektøren. Hvis derfor ikke Ansvaret helt skal opgives, nødsages vi til at lade vor Supposition om Ikke-Kontrakt falde, vi maa vende tilbage til Kontraktslæren, for i den at finde Forklaringsgrunden. Hen til denne pege ogsaa andre Omstændigheder. I saa Henseende maa fremhæves den eiendommelige Forbindelse, i hvilken Skadetilføielsen i det anførte Exempel staar med et intenderet Kontraktsforhold, fremdeles at den culpa, Feilskrivningen involverer, er ganske analog med den, som vi ellers kun træffe i Kontraktsforhold. Ogsaa er det givet, at Romerretten i visse Tilfælde, hvor en Kontrakt er en Nullitet paa Grund af

væsentlige Mangler, hvis Tilstedeværelse kunne tilregnes den ene Kontrahent, giver Modparten et Krav paa den negative Interesse, hvilket Krav vel at mærke forfølges ved Kontraktsklagen, ligesom ogsaa dettes Overgang paa den Forurettedes Arvinger i Modsætning til andre Deliktskrav er hævet over enhver Tvivl. Man indvende ikke her, at Romerretten i vort Tilfælde taler om Kontraktens Nullitet. Herved betegnes ikke andet end at det, der ved Indgaaelsen nærmest tilsigtes — Forholdets Opfyldelse — ikke bliver opnaaet. Dette er meget sandt, men beviser ikke noget derimod, at muligvis andre Krav kunne opstaa af Kontrakten. »Wer contrahirt, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des ausser contractlichen Verkehrs in den positiven der Contractssphäre und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er damit übernimmt, ist die: beim Contrahiren selbst die nøthige diligentia aufzuweisen [1]«. Ikke blot de bestaaende ogsaa de opstaaende Kontraktsforhold maa stilles under Kulpareglernes Beskyttelse. Det er nødvendigt, at Loven ind i selve Kontraheringsakten lægger en stiltiende Overtagelse af en Garanti for, at de Betingelser, der udkræves til en Kontrakts Indgaaelse, virkelig ere tilstede.

Vi tro hermed i det Væsentlige at have gjengivet Iherings Tanker. Hvad Resultatet angaar, da lader der sig vistnok, som det i og for sig fremtræder, reise afgjørende Indvendinger. Den i foregaaende § omtalte Forvirring bliver kun yderligere forøget ved, at Hovedreglen faar en tredie Tilsætning, hvis Afgrændsning overfor de tvende andre ikke sker. Vi lærte før, at Kjøbet af Kjolen,

---

[1]) l. c. p. 41—42.

skjøndt ikke villet, er fuldstændig gyldigt, nu erfare vi, at Kjøbet af de 100 Centner paa Grund af Ikke-Villie vel er en Nullitet, men at dog af det et Krav i en anden Retning skal opstaa; hvorfra denne forskjellige retlige Behandling, naar negativ, naar positiv Interesse? Fremdeles er det sandt, at der i enhver Kontraheringsakt ligger en Garanti for, at visse Mangler ikke ere tilstede, hvorfor skal da Ansvar kun indtræde, naar Manglens Tilstedeværelse kan tilregnes den Paagjældende, og hvorfor skal dette Ansvar just gaa ud paa den negative Kontraktsinteresse? Det ligger dog nærmere at tvinge den, der garanterer sin Yttrings Overensstemmelse med Villien, til ligefrem at indfri denne Garanti. Begrundelsen, ved hvilken Ihering kommer til Antagelsen af denne, er heller ikke tilfredsstillende. Hin Slutning: et Ansvar er nødvendigt, dette kan ikke finde sin Forklaring ved at gaa ud fra Ikke-Kontrakt, eftersom da Lex Aquilia eller actio doli maatte være anvendelige, altsaa maa en Kontrakt indskydes, er kun da rigtig, naar virkelig hine Retsmidler kunne ansés som udtømmende for den, der gjør Ansvar gjældende paa Grund af Krænkelsen af en ikke-kontraktmæssig Pligt, dette er imidlertid, som det Følgende vil vise, ingenlunde Tilfældet. — Hovedindvendingen mod Iherings Theori er dog, at den hviler paa en Fiktion, der derhos intet kan hjælpe. Kort kunne vi gjengive Iherings Theori saaledes. For at undgaa de Urimeligheder, hvortil man føres ved at antage en Kontrakts Nullitet, naar en ikke-villet Erklæring er afgiven, indskyder han en anden Kontrakt, ved hvilken en vis Garanti overtages[1]. Denne

[1] Skulde det være Iherings Mening ikke at Garantien overtages, men indtræder ifølge Lovgivningen uafhængigt af

savner imidlertid enhver optænkelig Hjemmel i de virkelige Forhold, og vilde derhos som sagt intet hjælpe, thi sæt ogsaa, at vi antage, at den Erklærende med udtrykkelige Ord indgaar hin Garanti-Kontrakt, saa opstaar ikke mindre med Hensyn til den end med Hensyn til Hovedkontrakten det Spørgsmaal, om den er alvorlig ment. Da den benægtende Besvarelse herpaa er mulig, bliver det igjen nødvendigt at indskyde en anden Garanti-Kontrakt til den første Garanti-Kontrakts Beskyttelse og saaledes fremdeles in infinitum.

At Ihering har Ret i Sagen selv, det vil sige deri, at et Ansvar i de ofte omtalte Forhold er nødvendigt, vil neppe nogen Jurist nægte. At den Vei, han gaar, er urigtig, er godtgjort. Saalænge man gaar ud fra, at de retlige Virkninger, der statueres, nødvendigvis maa være indeholdte i dens egen Villie, om hvis Forpligtelse der er Tale, bliver her som i forrige § under 1 og 2 Ikke-Ansvaret en klar og uafviselig Følgesætning. Dette negative Resultat, med hvilket ingen Samhandel kan bestaa, maa være tilstrækkeligt til yderligere at overtyde os om Udgangspunktets Ensidighed, det opfordrer os til at søge det Princip, der medfører, at en Forpligtelse kan opstaa, uden at nogensomhelst Villie er tilstede. Denne positive Opgave søges løst i den følgende §.

§ 4. Retten til Villieserklæringens Sandhed.

Sæt at A har lidt en Skade som Følge af en af B i den Hensigt at tilføie Skade foretagen Handling, kan

---

den Erklærendes Villie, da er dermed Kontraktssynspunktet forladt, der kan isaafald ikke mere være Tale om nogen „kontraktmæssig" culpa, det vil sige ikke om Krænkelsen af nogen frivillig overtagen Pligt.

han da optræde med en Fordring paa B? Da det hører til de juridiske Børnelærdomme herpaa, saa længe ingen andre Fakta end de nævnte ere bekjendte, at give et bestemt Nei til Svar, vil man muligvis finde det opkastede Spørgsmaal trivielt. Imidlertid uagtet Enhver i Theorien véd, at der gives om ikke moralsk, saa dog juridisk tilladelige Midler til at skade sine Medmennesker, træffe vi dog saavel i Love[1]) som i videnskabelige Fremstillinger[2]) uklare Formuleringer, der til syvende og sidst hvile paa den uklare Forestilling, at det ene Individs Formuesphære ganske i Almindelighed taget er sikkret overfor Andres Indgreb. At imødegaa denne Opfattelse forekommer os ikke overflødigt. Der gives tinglige og og obligatoriske Rettigheder o. s. v., men ikke nogen Ret »paa sin Formuesphæres Integritet.« En Skade kan kun da fordres erstattet, naar den er hidført ved et utilladeligt Middel. Dette er atter Tilfældet, naar en Rettighed er krænket. Hvorvidt denne principale Betingelse for Ansvar er tilstede, derom skal Skadeserstatningslæren selv

---

[1]) Vi kunne her henvise til den romerske actio doli eller til code civil, naar den i Art. 1382 siger: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, a le réparer.

[2]) Jf. exempelvis Windscheid Pandekten II, § 451 p. 640. I en Afhandling af Koeppen i Jahrb. f. Dogmatik XI, med hvilken vi senere ville have at beskjæftige os, begrundes, p. 386—88, dens Ansvar, der har afsluttet en Retshandel ved Mellemmand, til at erstatte Medkontrahenten det Tab, denne lider ved at Mellemmanden forvansker Erklæringen, simpelthen paa det Faktum, „at han har foranlediget Skade". „Der Empfänger kann seinen Entschädigungsanspruch darauf stützen, dass er keinen Schaden erlitten haben würde, wenn sich der Absender der Mittelsperson nicht bedient hätte."

ikke give os Oplysning. Dette maa fremgaa af den positive Del af Systemet, der indeholder Fortegnelsen af Rettighederne og dermed eo ipso Beskrivelsen af, hvad der er en Krænkelse. Exempelvis af Eiendomsrettens Begreb følger, at ingen Anden end Eieren maa tiltage sig et Raadighedsforhold med Hensyn til Tingen, det er derfor en retstridig Handling at tage Tingen fra ham eller at beskadige den, derimod følger det ikke af Eiendomsrettens Begreb, at man skulde være udelukket fra at overtale Eieren til selv at tilintetgjøre den. Forsaavidt man i ond Hensigt ved løgnagtige Foregivender bringer Eieren til at foretage denne Handling, er det muligt, at man bliver skadeserstatningspligtig, fordi man har krænket en anden Rettighed, men mod Eiendomsretten foreligger ikke nogen Forsyndelse. Hvilken Rettighed, man har krænket, er iøvrigt, hvad Skadeserstatningsansvaret angaar, ligegyldigt. Man kan skjælne mellem saadanne Krænkelser, der absolut involvere et Formuetab, og saadanne, som ikke gjøre det. Til den sidste Klasse hører exempelvis Krænkelsen af Liv, Ære, Familieret. Af en Æreformærmelse resulterer ikke nødvendigt et Formuetab, muligt er det, saaledes naar den Krænkede som Følge af Fornærmelsen er bragt ud af en Livsstilling. Til den første i Reglen enhver Forsyndelse mod en Formueret. Tilintetgjørelsen af en legemlig Ting involverer absolut taget et Formuetab — nemlig Tingens Værdi —, muligvis et langt større — Eieren har lovet Tingen bort under en Konventionalstraf — om ogsaa dette skal erstattes, er et Spørgsmaal, der er fuldstændig analogt med det, der opstaar, naar Æren er krænket. Paa samme Maade medfører Undladelsen af at erlægge en Præstation i rette Tid absolut taget et Formuetab, forsaavidt den

har Brugsværdi. ellers ikke nødvendigt. Det er en Selvfølge, at der af den ved den retstridige Handling tilblevne Kausalitetsrække ogsaa kan resultere pekuniære Fordele. Den fremhævede Distinktion er ikke ganske uden Interesse her, men nogen principiel Betydning tilkommer der den ikke. Medens det af det Sagte fremgaar, at Skadeserstatningslæren selv umuligt kan give Svar paa, om en Retstrighed foreligger, er det dog klart, at den, da det positive System i den kommer til at passere Revu, bliver en Prøvesten for dettes Rigtighed. Forsaavidt nemlig et Ansvar utvivlsomt skal indtræde, og Videnskaben er ude af Stand til at paavise Krænkelsen af nogen i Systemet opført Rettighed, maa nødvendigvis dette være ufuldstændigt. Paa den Maade er det, som bekjendt, at Retten til Livet er bleven erkjendt.

Efter disse mere almindelige Bemærkninger[1]) vende

---

[1]) Den Uklarhed, under hvilken Skadeserstatningslæren formentlig lider, har ikke alene sin Grund i dens uheldige systematiske Plads, men ogsaa i den sønderlemmede Skikkelse, hvori den foredrages. Brud paa frivilligt overtagne Pligter og disses Følge behandles i selve Kontraktslæren, saadanne Brud paa tinglige Rettigheder, der udjævnes ved Tingens Tilbagesøgning i Tingsretten. For den egentlige Skadeserstatningslære bliver væsentlig kun Krænkelsen af en Tings Substants tilbage. Man ser her det Uberettigede i Iherings i forrige § omtalte Slutning. Denne kommer til at lyde: et Ansvar er nødvendigt, hvis dette var Følgen af en ikke-kontraktmæssig Pligts Krænkelse, maatte enten en Ting være forstyrret i sin Substants eller et forsætligt Retsbrud foreligge. Dette er ikke Tilfældet, altsaa o. s. v. I hin Sønderlemmelse vil man ogsaa finde Forklaringsgrunden til, at Undersøgelser af mere almindelig Beskaffenhed fremtræde med uberettigede Restrictioner. Vi minde her om det Spørgsmaal, der er bleven reist i Danmark om, hvorvidt en Debitor, der ikke opfylder sin Forpligtelse, skal erstatte alt det Tab, hans Undladelse med-

vi tilbage til vort tidligere Exempel, som vi dog ville forandre saaledes, at vi tænke os Theaterdirektøren forsætligt forvanskende Adressen for at lokke Søsteren til at foretage en forgjæves Reise, og spørge, ifalder Theaterdirektøren Ansvar? Forf. tror ikke at gjøre sig skyldig i nogen Overdrivelse, naar han paastaar, at den bekræftende Besvarelse altid har været hævet over al Tvivl, Romernes actio doli vilde her utvivlsomt være kommen til Anvendelse. Er dette Tilfældet, er det med det samme givet, at Theaterdirektøren har krænket en Ret. Men hvilken? At paastaa, at han har overtaget en frivillig (kontraktmæssig) Pligt, er en Fiktion, om Krænkelsen af en Sangerinden tilkommende tinglig Ret er her ikke Tale. Forgjæves se vi os om efter en anden Forklaring — hvem kunde her falde paa Liv, Ære, Helbred, Familieret o. s. v.?

---

fører. Skal Debitor, for at tage det af Evaldsen i Læren om Mora p. 128 dannede Exempel, naar Kreditor vædder med en Trediemand om, at Debitor vil opfylde sin Forpligtelse i rette Tid, erstatte det Tab, Kreditor lider, naar dette ikke sker. Man har villet benægte det, men derfor anført en Grund, der ingenlunde er overbevisende, jf. Hindenburg om Kjøb og Salg p. 70, hvor Forklaringen findes i Debitors „Villie". Ganske det samme Spørgsmaal opstaar med Hensyn til Tyven, der stjæler en Ting af Værdi 2 Rd., som er lovet bort under en Konventionalstraf paa 1000 Rd. Skal han erstatte den Bestjaalne 1002 Rd., eller skal man sige, som et Tyveri paa 1002 Rd. utvivlsomt ikke kan tilregnes ham til Straf saaledes heller ikke til Erstatning, med andre Ord er det en Betingelse for Skadeserstatning, at ikke alene den retstridige Handling, men ogsaa de ved den foraarsagede Tab skulle kunne tilregnes. Hvis vi i Straffelovens § 302 og 303, der forpligter den, der paa tilregnelig Maade krænker Liv eller Ære, til at erstatte den derved foraarsagede selv aldeles uforudselige Skade, ville se Anvendelsen af en almindelig Grundsætning, vil Tyvens Ansvar med Hensyn til de 1002 Rd. være hævet over Tvivl.

— med andre Ord, der findes et Hul. Det bliver nødvendigt at anerkjende en Pligt til at give sine Tanker en adækvat Form og en tilsvarende Ret til Sandhed. Efterat vi have erkjendt denne Pligts Nødvendighed, bliver det vor Opgave nøiagtigt at bestemme dens Omfang og Følgerne af dens Overtrædelse. Dette maa ske ved en Abstraktion fra det i det Foregaaende meddelte Materiale.

1. Alle de Tilfælde, hvor der tidligere har været Spørgsmaal om et Ansvar paa Grund af en ikke-villet Erklæring, frembød et fælles Karaktermærke nemlig det, at denne Erklæring havde et bestemt Indhold. Kun om saadanne Yttringer, der indeholdt Forkyndelsen af en Forpligtelsesvillie var der Tale. Denne Begrændsning maa nøiagtigt fastholdes. Meget hyppigt finde vi os bevægede ved Yttringer af anden Art ved Raad, Efterretninger o. s. v. til Foretagelsen af Handlinger, der bringe Tab, fordi det viser sig, at de os givne Raad o. s. v. vare falske. I D. 4—3 findes i saa Henseende et rigt Materiale [1]), der naturligvis vil kunne forøges i det Uen-

---

[1]) A faar B til at laane C Penge, skjøndt han véd, at denne er en aldeles insolvent og upaalidelig Person fr. 8, eller faar ham til at afslaa en Arv ved at bilde ham ind, at Boet er forgjældet, eller faar ham til blandt flere Slaver at vælge den sletteste fr. 9 § 1. B har et Krav mod C, der er lige ved at præskriberes. A bevirker nu t. Ex. ved falskelig at angive Datoen, at B mister sit Krav fr. 18 § 4. A, der har Penge tilgode hos den insolvente C, narrer B til at kreditere denne og bliver paa den Maade selv betalt fr. 20 pr. A overtaler B's Slave til at kaste en Ting bort fr 31. C er ifærd med at hævde B's Ting, A bilder nu denne ind, at han er Besidder, hvorved han drager Sagen saaledes i Længden, at Hævdsperioden udløber fr. 39 o. s. v.

delige. Om de paa saadan Maade paadragne Tab kunne fordres erstattede af den, der gav den urigtige Efterretning, vedrører os her slet ikke. Vi have kun at gjøre med udvortes retlige Villieserklæringer. At disse begrebsmæssigt meget let ville kunne adskilles fra Yttringer af andet Indhold, er klart. Ikke heller vil man finde Distinktionen skolastisk, thi der er virkelig en indre Forskjel. Ikke blot opfordres man ved hine ialfald som Regel til en øieblikkelig Handlen, medens man ved disse vil have Tid til Berigtigelser, hvis Ikke-Indhentelse vil kunne tilregnes den Paagjældende selv, men fremfor Alt, at i det første Tilfælde den Talende beretter noget om sit eget Selv, om hvilket kun han kan vide Noget. Ialfald kræver Undersøgelsen her den omtalte Begrændsning.

2. Naar vi gaa ud fra, at den, der udtaler en retlig Villieserklæring, er forpligtet til at indestaa for dens Sandhed, paatrænger sig det Spørgsmaal, hvorfor en saadan Pligt maa antages. Herpaa gives intet andet muligt Svar end en Henvisning til Nødvendigheden af, at man i Samhandlen maa kunne stole paa hinandens Ord. I denne Grund finder den omtalte Pligt sin fornuftige Begrændsning. Hvis derfor Medkontrahenten saa eller kunde se, at den udtalte Villieserklæring ikke var Udtrykket for en virkelig Villie, falder ethvert Ansvar for den Erklærende bort. Modpartens bona fides ville vi ogsaa finde er et Kriterium, der vender tilbage i de i det Foregaaende omtalte Tilfælde.

3. Medfører Overtrædelsen af Pligten til at tale Sandhed ogsaa da Ansvar, naar det ikke kan tilregnes den Paagjældende, at han har brugt urigtige Udtryk? Det ligger paa Forhaanden, at dette meget sjældent vil indtræde, forsaavidt vi imidlertid tænke os det muligt,

t. Ex. paa Grund af Ukjendskab til Sproget, trænger Spørgsmaalet sig frem: skal den ligesaa uskyldige Medkontrahent beholde de Tab, han har lidt paa Grund af sin Forventning, eller kan han optræde med en Fordring. Svaret herpaa kan kun være: Tilregnelighed er ikke nogen Betingelse for Ansvar. Beviset herfor ligger i det Foregaaende. Da det nemlig er en Sætning, der er gjældende Ret, at den kontraktmæssige Erklæring fortolkes saaledes, som Modparten efter samtlige foreliggende Omstændigheder maatte opfatte den, hvilken Regel gjælder ubetinget, uden at en Undersøgelse af Tilregnelighedspunktet finder Sted, er det altsaa givet, at i nogle Tilfælde ikke-villede Yttringer medføre Ansvar ubetinget. Men er dette saa, da maa den ikke-villede Yttring i alle Tilfælde forpligte. Ellers vilde en Distinktion være nødvendig. Men en Regel om, at den Talende ubetinget er ansvarlig for sin Erklærings nærmere Indhold, derimod kun betingelsesvis for dens Indhold overhovedet, savner indre Berettigelse og maa allerede af den Grund forkastes, at den er ubestemt, idet den — som i det Foregaaende vist — sætter en Grændse, der ikke lader sig udfinde. At Tilregnelighed ikke er nogen Betingelse for Ansvar paa Grund af en ikke-villet Erklæring, bekræftes paa mangfoldige andre Steder i Systemet [1].

4. Tilbage have vi at bestemme Omfanget af Ansvaret. To Veie ere her mulige. Enten kunne vi behandle den Paagjældende efter hans Erklærings Ordlyd (positiv Kontraktsinteresse), eller vi kunne forpligte ham til at erstatte de Tab, Modparten lider ved Handlinger,

[1]) Jf. de utallige Exempler, som Fuldmagtslæren frembyder.

foretagne i Tillid til Kontraktens Istandkommen (negativ Kontraktsinteresse). Derimod er den tredie Vei, Ihering er gaaet, i nogle Tilfælde at statuere det første, i andre det sidste, ikke mulig. Vort Valg kan ikke være tvivlsomt. Paa de Urimeligheder [1]), til hvilke det sidste Synspunkt fører, der snart ikke hjælper den Forurettede, snart giver ham Adgang til Fremsættelsen af de mest exorbitante Krav, behøve vi slet ikke at indlade os. Da det af Alle er indrømmet, at saavel i Tilfælde af reservatio mentalis, som hvor den saakaldte Fortolkning anvendes, den ikke-villede Erklæring behandles som villet, maa denne Behandlingsmaade af de under 3 anførte Grunde ogsaa indtræde i alle andre Tilfælde af Uoverensstemmelse. Medkontrahenten kan, hvor Erklæringen ikke var villet, lade hele Kontrakten falde, thi selvfølgelig kan paa en ikke-villet Erklæring ingen Rettighed støttes af den Erklærende [2]), eller han kan forlange Opfyldelsen. Derimod at give ham Adgang til, hvor han har gjort en uheldig Spekulation, ikke alene at afryste dennes Følger, men

---

[1]) Med den saakaldte negative Kontraktsinteresse begaas temmelig store Vilkaarligheder, jf. saaledes Windscheid Pandekten I, § 74, p. 178, Anm. 7 og 8 sammenholdt med II, § 307, p. 161, Anm. 5. I den nyere Tid have forskjellige Forfattere polemiseret mod den af Grunde, der lade den fremtræde som en ubetinget ubillig Maalestok, jf. Regelsberger Civilrechtliche Erørterungen I, p. 75, Koeppen l. c. p. 304. Ikke desto mindre finder man dog, at de paagjældende Forfattere paa andre Steder i deres Fremstilling i en snæver Vending selv igjen føre ind, hvad de kort forinden med almindelige Grunde have afvist.

[2]) Dette er naturligvis ikke af stor Betydning. Hvor man er kommen til af en Feiltagelse at afslutte en heldig Kontrakt, vil man sørge for, at denne Feiltagelse ikke bliver bekjendt.

ogsaa til at faa sine Udgifter erstattede (negativ Kontraktsinteresse), er lidet naturligt. Til enhver Tid maa den Erklærende kunne sige: behandl mig, som om jeg havde villet, hermed er den yderste Grændse for hans Ansvar given. Skulde Nogen finde det urimeligt, at en Kontrakt resulterer af en retstridig Handling, da maa vi bemærke, at det er en Vildfarelse, naar man tror in abstracto at kunne angive Retsbruddets Følger. Mod den retstridige Handling kan der reageres paa de forskjelligste Maader, og Systemet frembyder just talløse Exempler paa, at de skadelige Følger af en saadan ophæves derved, at en Kontrakt fingeres indgaaet. Vi kunne her henvise til den tyske Handelslov § 55. Den, der gererer sig som en Andens Fuldmægtig og i dennes Navn indgaar en Kontrakt, kan af den Skuffede behandles, som om han selv var Kontrahent. Flere Exempler paa, at Retsbruddet kan have en anden Følge end simpelthen den at udfylde det Hul, der er opstaaet i en Andens Formue, findes sammesteds i §§ 59, 97, 157, 319, 2 Passus, ligesom vi i det Følgende oftere ville støde paa andre. Heri er der Intet urimeligt, saa lidt som deri, at Lovgiveren i sin Tid reparerede den Skade, en voldtagen Kvinde led, derved, at den tvang den Voldtagende til at ægte hende. At Lovgiveren ikke, naar Betingelserne iøvrigt vare tilstede, ligefrem fingerede Ægteskabet indgaaet ved selve Voldtægtshandlingen, finder sin Forklaring i forskjellige Omstændigheder, der ikke ere tilstede, hvor Talen blot er om at lade et simpelt Kontraktsforhold resultere af en retstridig Handling.

Hermed er Udviklingen i det Væsentlige tilendebragt. Resultatet er altsaa: Enhver har en ubetinget Ret til at stole paa den retlige Villieserklærings Sandhed, hvortil

svarer den absolute Forpligtelse at afholde sig fra den, forsaavidt man ikke forbinder den Hensigt med Ordene, disse angive. Er det tilladt at anskueliggjøre Resultatet med et Billede, der iøvrigt ikke fremtræder med poetiske Prætensioner, da kunne vi sammenligne den retlige Erklæring med Sværdet Tyrfing. Ingen tvang til at drage det, men skete det, maatte Blodet ubetinget flyde. Paa samme Maade gaaer det med Erklæringen, Ingen nødes til den, men udtaler man den, da indtræder den retlige Virkning uafhængigt af Villien. — Vi kunne hermed gaa over til næste Afsnit, Hovedgjenstanden for denne Afhandling. Dog skal Forf. endnu her tilføie, at han, efterat det Foregaaende i det Væsentlige var nedskrevet, stødte paa en Notiz hos Unger [1]), af hvilken det fremgaar, at Zeiller ved Affattelsen af den østerrigske Lovbog er gaaet ud fra, at der existerede en Ret til at stole paa retlige Yttringers Sandhed. Denne Mening finder Unger saa urimelig, at han tror sig berettiget til at betegne den med et Udraabstegn. Naar Unger ikke kan begribe, om hvilken Ret i teknisk Forstand her kan være Tale, ville vi bedre kunne forstaa dette, naar vi erindre, at der endnu den Dag idag findes Jurister, der haardnakket nægte, at der existerer en Ret til Livet. Den Urimelighed, der frastøder i begge Tilfælde, bestaar i den simple Omstændighed, at man aldrig vil træffe nogen Proces, hvori Retten til Livet eller Sandheden positivt forfølges, deri, at der ikke har existeret nogen romersk Formel med den intentio: jus mihi esse vivendi o. s. v. Fordi en Ret imidlertid er saa utvivlsom, at den ikke kan gjøres til Gjenstand for Debat, men kun viser sig virksom i Til-

[1]) Østerr. Privatrecht II, p. 125, Anm. 23.

fælde af en Krænkelse, ophører den ikke med at være en Ret. At enhver Samhandel, saa længe ikke Pligten til at tale Sandhed i det tidligere angivne Omfang er anerkjendt, er en fuldstændig Umulighed, det haabe vi, er godtgjort i det Foregaaende. Det maa nemlig ikke glemmes, at naar denne Pligt ikke existerer, naar det med andre Ord er tilladt at lyve, et Ansvar umuligt kan indtræde, fordi den Handlende med Løgnen har forbundet en ond Hensigt. Den omtalte Pligt skal ikke først frivillig overtages, men den er den Basis, ved hvilken først den frivillige Paadragelse bliver mulig.

Andet Afsnit.

Kontrakters Afslutning[1].

§ 5. Det kritiske Moment, obligatio consensu contrahitur.

I. Til at forpligte sig ved Retshandel er begrebsmæssigt en ensidig Villie ikke tilstrækkelig, men en Forpligtelse kan ialfald kun opstaa, forsaavidt og i det Øieblik en Medvirkning fra Andres Side træder til.

a) Bevis:

Følgende Stadier maa gjøres til Gjenstand for Betragtning: 1) Beslutningen at paadrage sig en Forplig-

[1]) Litteratur. Scheurl i Beiträge I (1853) og i Jahrb. f. Dogmatik II. Serafini: Le télégraphe, oversat fra Italiensk. Bekker: Jahrb. des gem. Rechts II og III. Regelsberger: Civilrechtliche Erørterungen I (1868). Hindenburg: Om Kjøb og Salg p. 3—32. Koeppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden i Jahrb. f. Dogmatik XI, ogsaa udgivet i Separataftryk, Sohm i Zeitschr. f. Handelsrecht XVII, Schott: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873). Siegel: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873). Af tyske systematiske Fremstillinger mærkes: Windscheid Pandekten II, § 305 og følgende, Thøl: Handelsrecht, 4 Udgave, I, § 57. Endelig Aagesen i Universitetets Indbydelsesskrifter af 1871, p. 71—72 og af 1872, p. 29—31. Korte Bemærkninger findes i Ørsteds Haandbog, 5 Bind p 93. Gram, Den danske Formueret, 2 Del 1 Bind p. 165. Bornemann, Almindelig Rets- og Statslære, p. 139.

telse tages. 2) Der gives denne Beslutning en udvortes Form i Erklæringen. 3) Der foretages Skridt til Erklæringens Meddelelse. 4) Erklæringen naar den, til hvem Meddelelsen sker ɔ: kommer i hans fysiske Værge. 5) Dens Indhold optages i den Medvirkendes Bevidsthed.

Naar et Individ i sine Tanker siger til sig selv: Jeg vil være forpligtet til at præstere B 100 Rd., er han ikke forpligtet. Ingen har paastaaet dette (1). Det forandrer ikke Sagen, at han har talt høit med sig selv, ikke, at han har gaaet udenfor sin Dør og raabt sin Villie ud i Luften ikke at han har foretaget en Nedskrivning (2). Saalænge den objektiverede Villiesbeslutning ligger i hans Skriverbordskuffe, er han ikke forpligtet hverken pure eller betingelsesvis. Ogsaa herom forudsætte vi ialfald foreløbig Enighed. Det bliver altsaa nødvendigt for den Paagjældende at foretage Skridt til sin Erklærings Meddelelse (3). Til hvem denne skal ske, lade vi endnu henstaa uafgjort, men da det, som af det Følgende vil fremgaa, ordentligvis er til den, overfor hvem Forpligtelsen tilsigtes indgaaet, ville vi for Korthedens Skyld have denne Person for Øie. Forsaavidt vi nu tænke os denne som fraværende — hvilket letter Begrebsbestemmelsen — vil det være nødvendigt til ham at sende Brev, nuntius eller Fuldmægtig eller, hvis der gaas ud fra, at han er en ukjendt Person, t. Ex. at indrykke et Avertissement i et offentligt Blad. Af den til Meddelelsen sigtende Virksomhed behøve vi kun at dvæle ved det Stadium, da Afsenderen fra sin Side har gjort Alt, hvad der udkræves, altsaa det Øieblik, da han t. Ex. lægger Brevet i Postkassen, afsender Fuldmægtigen, indleverer Annoncen paa Aviskontoret. At der endnu ikke er indtraadt retlige Virkninger, saalænge han er underveis til Postkassen,

til Aviskontoret eller iſærd med at instruere Fuldmægtigen, det antage vi — dog ligeledes kun foreløbigt — som indlysende. Men naar nu hint Skridt er sket, er da den Paagjældende forpligtet? Enstemmigt er det antaget, at naar de foretagne Skridt ikke føre til Maalet, t. Ex. Brevet gaar tabt, at da ingen Forpligtelse er bleven existent. Herefter ville vi altsaa have at rette vort Spørgsmaal saaledes: Er den, der har nedlagt en forpligtende Erklæring i en Postkasse, forpligtet under den conditio juris, at Brevet naar sin Bestemmelse? Først og fremmest gjælder det om ikke at misforstaa Meningen af denne Kvæstion. Det er nemlig klart, at Betingelsesbegrebet kan tages i en saa vid Betydning, at den bekræftende Besvarelse er hævet over enhver Tvivl. Det er en »Betingelse« for Livet, at Hjertet slaar. Imidlertid et saadant Begreb er vidt forskjelligt fra det tekniske. Før Hjertet slaar, er Livet et Intet og det Stadium, hvor iøvrigt alle Livets Betingelser ere tilstede, men denne ene mangler, uden Interesse for den, der studerer Livets Fænomener. Uden Interesse for Juristen er det at tale om betingede Forpligtelser, hvor ikke en virkelig aktuel Forpligtelse lader sig paavise. I vort Tilfælde frembyde sig nu to Muligheder. Vi kunne tænke os den ved Brevets Bortgivelse existente Forpligtelse: Enten ens ved alle Tilbud, blot gaaende ud paa, at Vedkommende ikke vil gjenkalde sin Villie. Tilbudet kommer altsaa nærmere udviklet til at lyde saaledes: Jeg erklærer nu som min Villie i Fremtiden, nemlig i det Øieblik, da din Medvirkning træder til, at ville give, kjøbe, sælge, overdrage Eiendomsret, ægte [1]) dig, hvorhos jeg erklærer fra nu af

[1]) Selvfølgelig tænke vi os Ægteskabet uden positiv Form.

at være bunden ved den Villie i Fremtiden at ville (pactum de contrahendo). Virkningen maatte da, for at vort Spørgsmaal kunde besvares bekræftende, være den, at Afsenderen virkelig var bunden. Men denne Virkning er en Umulighed. Alle Retskyndige ere enige om, at den, der har afsendt et Brev, har det i sin Magt at forlange det tilbage, uden derved at begaa nogen Retstridighed mod Adressaten, ligesom ogsaa derom, at ialfald saadanne Tilbagekaldelser, der naa Oblaten inden Tilbudet, ere virksomme. Herefter maatte man altsaa nærmere opfatte den tilblevne Forpligtelse saaledes, at Afsenderen havde forbeholdt sig en vis Art af Tilbagekaldelser, medens han havde givet Afkald paa andre, nemlig dem, der ikke naaede Oblaten inden Tilbudet. Imidlertid heller ikke denne Opfattelse er mulig. Har man det nemlig i sin Magt ensidigt at afskjære sig selv fra en vis Art af Gjenkaldelse, med andre Ord er det begrebsmæssig muligt i begrændset Omfang at paadrage sig Forpligtelser, maatte det staa i Ens Magt at gjøre det i videre Omfang, Renunciationen paa al Gjenkaldelse overhovedet maatte være mulig. Den af Villien selv satte Skranke maatte den have i sin Magt selv at hæve. Men at antage, at den Erklærende skulde kunne berøve sig selv Adgangen til at forlange sit Brev tilbage, er en Urimelighed, det ligger altsaa udenfor hans Magtfuldkommenhed selv at binde sig. Eller vi kunde tænke os Forpligtelsens Indhold forskjelligt efter Tilbudets Beskaffenhed, altsaa Erklæringen lydende saaledes: Jeg erklærer nu i Afsendelsesøieblikket at ville give, kjøbe, ægte o. s. v., hvis — — eller rettere, da ingen Rettigheder i de nævnte Tilfælde ensidigt kunne erhverves: jeg erklærer, at fra nu af en Givers, Kjøbers, Ægtefælles Pligter skulle

paahvile mig, hvis — — Imidlertid at ogsaa denne Forstaaelse er urigtig, er klart, thi kan man ikke ensidigt indgaa et pactum de contrahendo, kan man naturligvis heller ikke ensidigt overtage de Pligter, der emanere af det Forhold, der tilsigtes indgaaet, kun er maaske ved den sidste Formulering, den Urimelighed, hvortil vi føres ved at statuere en ensidig Paadragelse af Pligter, rykket nærmere for Øiet.

Med det her Anførte stemmer den umiddelbare Betragtning. Enhver, der befinder sig paa det Stadium, om hvilket Talen har været, vil tænke sig Forpligtelsen ikke som præsent, men som fremtidig. Enhver, der nogle Dage før Juleaften har sendt en Præsent til en fraværende Ven, vil protestere mod den Betragtning, at nærmere beset var det egentlig slet ikke hans Hensigt at forære Juleaften, men derimod paa det tidligere Stadium, da han f. Ex. afgav Gjenstanden i Jernbanebestyrelsens Værge. Træffende siger da ogsaa Julian i fr. 38 pr. D. 41—2: «Den, der skriver til sin fraværende Slave, at han skal være fri, har dermed ikke forbundet den Hensigt, strax at opgive Besiddelsen af Slaven, men han udsætter Virkningen af sin Bestemmelse til den Tid, da Slaven faar Efterretningen.» Den naturlige Følelse har Ret. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat l. 22 pr. D. de leg. 32.

Hermed er det i Spidsen for § stillede Postulat begrundet, thi vi have nu kun Valget mellem Stadiet, hvor Erklæringen er naaet til den, hvis Medvirkning udkræves (4), og hvor den er optagen i hans Bevidsthed (5). Hvad enten man nu gaar ud fra, at det første er tilstrækkeligt eller man yderligere vil fordre det andet eller endelig heller ikke vil finde dette fyldestgjørende, men endnu vil

stille yderligere Krav — jf. det Følgende —, en Medvirkning, om end efter Omstændighederne ubevidst, har fundet Sted i dem alle. Strængt taget er det ulogisk paa dette Punkt at reise det Spørgsmaal, om Forpligtelsen allerede kan indtræde paa Stadiet (4). Dog skal her bemærkes, at i og for sig den benægtende Besvarelse synes utvivlsom. Sæt at A har afsendt et Brev med en forpligtende Erklæring til B, der af dennes Bud er hentet paa Posthuset, og at nu A personligt indfinder sig hos B, inden Budet endnu er kommet hjem med Brevet, for at gjenkalde sin Erklæring, skal han da være afskaaren derfra? Eller sæt, at A har lagt en forpligtende Erklæring i en Sovendes Lomme, skal han da ikke, naar den Sovende vaagner op, kunne fortælle ham Sammenhængen og samtidig foretage en gyldig Gjenkaldelse? Neppe vil man i de nævnte Exempler statuere Forpligtelse, imidlertid er det vist, at der findes positive Lovgivninger, der lade det kritiske Moment indtræde i det Øieblik, Erklæringen naar Adressaten, saaledes den tyske Handelslov Art. 320. For en Regel som den anførte taler legislative Hensyn. Optagelsen i Bevidstheden, som man ellers maatte fordre, lader sig vanskeligt bevise. Selv om det godtgjøres, at den Paagjældende har aabnet Brevet og ladet sine Øine glide hen over det, er hint indre Faktum dermed endnu ikke bevist. Herved vil Akceptanten kunne blive brøstholden. Vi supplere altsaa det Foregaaende derhen, at i Stadiet (4) endnu ingen Forpligtelse opstaar, medmindre dette positiv er bestemt.

Det vundne Resultat kunne vi udtrykke ved Sætningen: obligatio consensu contrahitur, med hvilken altsaa i det Følgende kun den negative Regel udtrykkes, at Ingen ensidig kan paadrage sig en Forpligtelse. Hvad er

Grunden hertil? Ikke den, at enhver Forpligtelse involverer en Rettighed, hvilken Ingen uden sin Villie kan erhverve, thi denne sidste Sætning er falsk. Dette viser Arveretten og Skadeserstatningslæren. Heller ikke den, at en Forpligtelse overhovedet ikke ensidigt skulde kunne paadrages. At ogsaa dette er urigtigt, viser ligeledes Skadeserstatningslæren. De Begrundelser, man hist og her kan træffe paa, t. Ex. hos Regelsberger l. c. p. 4 og 8 ere Omskrivninger og derfor intetsigende. Alligevel er Sætningen ingen Positivitet, men en begrebsmæssig Nødvendighed, ikke, som Siegel mener, et Arvestykke fra Romerne, der efter germansk Retsanskuelse maa forkastes. Stedet til en udførligere Polemik mod den i nyere Tid fremsatte Lære om Muligheden af ensidige Forpligtelser er endnu ikke kommet, da paa vort Standpunkt denne Theoris Forklaring og relative Berettigelse endnu ikke kan forstaas. Imidlertid kan dens Utilstrækkelighed og de for den anførte Grundes Urigtighed allerede her antydes. Naar man siger, at en Forpligtelse ensidig kan paadrages, da er dermed kun udtrykt det Negative, at en Medvirkning er overflødig, men den positive Bestemmelse af det kritiske Sekund — om i Stadiet (1), (2) eller (3) — ikke given, fremdeles søge vi forgjæves Oplysning om, hvorvidt i alle eller kun i nogle Tilfælde Forpligtelser ensidigt kunne paadrages.[1]) De Begrundelser, der anføres, ere i Reglen ganske ensartede, den i Tiden senest fremsatte, der findes hos Siegel l. c. p. 48 kan derfor

---

[1]) Der forudsættes vel en Distinktion, men efter Principet for denne søge vi forgjæves. Saalænge dette ikke er angivet, kan der kun være Tale om et Enten—Eller. Enten opstaa begrebsmæssigt alle Forpligtelser eller slet ingen ensidigt.

gjælde som Prototypen. Denne Forfatter ræsonnerer paa følgende Maade: «Hvorfor skulde Villien at være forpligtet i og for sig ikke være tilstrækkelig, naar Forudsætningerne for et Skyldforhold, hvortil hører en Berettiget, ere tilstede? Ogsaa i Tilfælde, hvor Forpligtelsen opstaar ved Kontrakt, er Løftet et saadant, som udspringer af dets Givers frie Initiativ, den anden Parts Villieserklæring er altsaa kun akcessorisk og kun nødvendig, fordi den Lovende forlanger den.» Hvor utilstedelig Slutningen er fra, at Forpligtelsen alene har sin Grund i Villien, til at Medvirkningen altsaa kun kan være akcessorisk, indses meget let. Deraf at ingen Forpligtelse uden Villie følger ingenlunde, at, hvor der er Villie, ogsaa Forpligtelse indtræder. Siegel vil med samme Ret kunne spørge sig selv, hvorfor er en Erklæring af Villien nødvendig, og vil herpaa kunne give sig det Svar: Løftet udspringer af Villiens frie Initiativ. Erklæringen kan altsaa kun være akcessorisk og forsaavidt nødvendig, som den Paagjældende selv vil den. Som det imidlertid staar fast, at Ingen, der vil forpligte sig, kan dispensere sig selv fra en Erklæring, saaledes er ikke mindre Medvirkningen en begrebsmæssig Nødvendighed, fra hvilken enhver Undtagelse er utænkelig. I næste § ville vi ganske vist træffe paa Forhold, hvor en Forpligtelse synes at opstaa uden nogen Medvirkning, men den nærmere Undersøgelse vil vise, at disse virkelig kun ere tilsyneladende Undtagelser.

§ 6. Fortsættelse.

a) Tilsyneladende Modbeviser[1].

1. Naar den i Spidsen af forrige § opstillede Paastand er rigtig, da er det en nødvendig Følge, at der ved tosidede Kontrakter ikke kan opstaa nogen Forpligtelse for Akceptanten før ialfald Offerenten har medvirket overfor hins Erklæring. Herimod synes imidlertid en Række af de Tilfælde at stride, som vi i de forskjellige Fremstillinger finde opførte under Kategorien stiltiende Akcept. Vi nævne følgende Exempler: B pleier af sin Boghandler A at faa Bøger sendte til Gjennemsyn, han beholder en Bog, mellem A og B bestaar en Forretningsforbindelse, A overdrager nu B en Kommissionsforretning, denne tier stille jf. tyske Handelslov Art. 323[2]. B har et Kommissionsbureau, Bybudeforretning, Agentur og har gjennem Aviserne opfordret Publikum om at henvende sig til ham, A sender ham Sager til Besørgelse, disse lader B imidlertid roligt ligge, A sender B et Pengelaan eller en Bog til Gjennemlæsning, B bruger Pengene og gjennemlæser Bogen. En Vært sætter flere Flasker Vin hen til behagelig Afbenyttelse for en sluttet Kreds af Stamgjæster, en af disse tager en Flaske og drikker den ud[3]. Det nytter neppe at nægte, at i de nævnte Tilfælde en Forpligtelse er indtraadt for B overfor Kommittenten paa Grund af hans blotte Taushed, at et Pengelaan kom

---

[1] Selvfølgeligt kan der i denne § ikke være Tale om andet end en Kasuistik, en Sammenstilling af nogle enkelte iøinefaldende Moddata. Ihændehaverpapiret, der skulde nævnes her, behandles i denne Afhandlings tredie Afsnit.

[2] Regelsberger l. c. p. 95.

[3] Dette Exempel er benyttet af Sohm l. c. i en anden Sammenhæng.

istand, saa saare Modtageren benyttede de tilsendte Kontanter, at Kjøbet og Salget var perfekt i det Øieblik, Gjæsten begyndte at drikke af Flasken, uden at det i fjerneste Maade vil staa i den Paagjældendes Magt at afryste Forpligtelsen ved en Henvisning til, at Modparten ikke havde medvirket til denne. Naar alligevel de anførte Exempler ikke ere bevisende, da ligger dette i særlige Omstændigheder. I Almindelighed vil Kommissionæren, der tier stille til Kommissionen, virkeligt paatage sig denne, Gjæsten, der drikker Vinen, indgaa et Kjøb, vi have da en vis Handling + en Forpligtelsesvillie, nødvendigt er dette imidlertid ingenlunde, Kommissionæren kan have helt andre Motiver til at tie stille, Gjæsten kan om end aldeles grundløst i Hensættelsen se en Præsent, vi have da alene en vis Handling. En Forskjel i den retlige Behandling af disse to Tilfælde vil ikke indtræde, med andre Ord Forpligtelsesvillien er irrelevant. Sagen forholder sig saaledes: Tausheden medfører Ansvar, fordi der var en Forpligtelse til at svare, Vindrikningen, fordi den fra ethvert andet Synspunkt end forsaavidt den sker med den Hensigt at betale Vinen, er en uberettiget Handling. Tage vi den Egenskab bort fra den saakaldte stiltiende Akcepthandling, at den, forsaavidt der i den ikke ses Udtrykket for en Forpligtelsesvillie, bliver en pligtstridig Handling, ville vi se, at vi komme til helt andre Regler. Sæt at A hos B rekvirerer Varer, denne nu afsender Varerne, uden iøvrigt udtrykkeligt at samtykke i Kontrakten, er der ikke Skygge af Tvivl om, at den stiltiende Akcept, der ligger i Afsendelsen, ikke forpligter, før A's Medvirkning foreligger, indtil dette Stadium er indtraadt, kan B forlange sine Varer tilbage fra

den, hvem de ere overgivne til Besørgelse [1]). Men er det herefter klart, at de i det Foregaaende omtalte Handlinger, absolut involvere en Forpligtelse, uden Hensyn til den Villie, der ligger bagved dem, er det indlysende, at de ikke kunne benyttes i en Undersøgelse, der alene har til Opgave at fastsætte, hvorledes i Kraft af den blotte Villie en Forpligtelse kan opstaa [2]).

---

[1]) Den i Texten anførte Distinktion kommer frem i Læren om negotiorum gestio. Naar min Ven, der tilfældig i min Fraværelse befinder sig paa mit Værelse, tager imod Ting, der bringes mig, forpligtes han eo ipso ved denne Handling, thi Modtagelsen vil fra ethvert andet Synspunkt være retstridig. Anderledes hvor Varetagelsen af fremmede Anliggender ikke involverer et objektivt Indgreb i en Andens Formuesphære. Overværer samme Ven en Auktion, hvor der opraabes et Værk, som han ved, jeg ønsker mig, og som han derfor gjør det høieste Bud paa, har jeg endnu ikke erhvervet nogensomhelst Ret, hvad enten mit Navn blev angivet eller ikke, Kjøbet kan hæves ved Overenskomst mellem Sælgeren og den Bydende, Sidstnævnte kan forandre sin Beslutning og beholde Bogen selv. De Forfattere, der lære noget modsat jf. Windscheid Pandekten I § 74 p. 176 Anm. 4, ere sig neppe Konsekventserne af deres Opfattelse bevidste. Skulde Vennen forpligtes overfor mig ved Kjøbet, blot fordi dette skete i en vis Hensigt, ses det t. Ex. ikke, hvorfor det skulde være nødvendigt, at han just skulde kjøbe Tingen; naar han selv havde denne og hans Hensigt gik ud paa at overlade mig den, maatte en Forpligtelse ligefuldt indtræde. Hermed faldt da Sætningen: obligatio consensu contrahitur.

[2]) Forført af den i Texten behandlede Gruppe ere de Theorier, der fremstilles i § 8 II, reelt komne til at opgive Nødvendigheden af Offerentens Medvirkning til Akceptantens Forpligtelse, og ere just af den Grund uholdbare, men det bemærkes dog, at de formelt fastholde Medvirkningen, idet de paa en vis Maade fingere Offerentens Tilværelse i hans Tilbud. Serafini: En effet, quand le destinataire accepte mes propositions, le consentement existe déjà dans ma volonté, ou plutôt il existait déjà dans l'acte même de la proposition; l'acceptation ne fait donc que rendre

2. Det er bekjendt, at vi hos Romerne træffe paa et Forhold, hvor Kontraktssynspunktet er opgivet, nemlig den saakaldte pollicitatio[1]). Nogen nærmere Oplysning om, naar ved denne Forpligtelsen indtræder, søge vi forgjæves[2]). Hvis det har været Romernes Mening, at det Eiendommelige ved pollicitatio ikke skal være at søge i den særegne Beskaffenhed, hvori Medvirkningen her fremtræder, men derimod deri, at medens ellers den objektiverede Villie ved at nedlægges t. Ex. i en Skriverbordskuffe ikke bandt, den dog gjorde dette, hvis Erklæringen indeholdt et Løfte til det Offentliges Bedste, er det neppe for dristigt at udtale, at denne Mening ialfald ikke for Danmarks Vedkommende har nogen Betydning. Vi kunne derfor forbigaa hint Begreb, derimod maa vi udførligere dvæle ved de i nyere Tid meget almindelige offentlige Udlovninger[3]), man tænke her paa Prisopgaver, udsatte Belønninger f. Ex. til den Soldat, der erobrer en Kanon fra Fjenden — et i den sidste fransk-tyske Krig meget praktisk Tilfælde — men fremfor Alt paa, hvad vi daglig

---

actuel et réel ce fait, que ma conscience me donnait comme une chose future, désirée. Scheurl i Jahrbuch. f. Dogm. p. 253 — — „denn hierauf genügt einfach die Erwiederung, dass in der Proposition eine eventuelle Annahme des Versprechens enthalten sei."

[1]) s. om denne Windscheid Pandekten II § 304 p. 154.

[2]) Richter Kirchenrecht p. 888 udtaler: „Løftet, som ydes til Bedste for en pia causa, retter sig i det Væsentlige efter den romerske Rets Grundsætninger om Pollicitationen. Det begrunder altsaa, naar det af en handledygtig Person er aflagt offentligt og saaledes, at den Berettigede havde været istand til at akceptere, en Klageret."

[3]) se med Hensyn til disse en smuk og klar Udvikling hos Siegel l. c. p. 91—108.

se, Løfter til den ærlige Finder af en Ting. Hvilken er her den retlige Situation, er en Forpligtelse indtraadt eller ikke? Retsvidenskaben er her fastholdende Nødvendigheden af den Berettigedes Medvirkning bleven ført ind paa de største Misligheder, som man forgjæves har bødet paa ved vilkaarlige Regler. Om Akceptens Nødvendighed ere næsten Alle enige, indtil den er sket, vil den Udlovende altsaa have det i sin Magt at træde tilbage, dog ere her Enkelte saa inkonsekvente at paabyrde den Tilbagetrædende Ansvar for de Udgifter, som de Konkurrerende i Tillid til Avertissementet have paadraget sig. I hvilket Øieblik iøvrigt Akcepten indtræder og altsaa Tilbudet bliver uigjenkaldeligt, derom hersker derimod ingenlunde Enighed. Nogle mene, for at tale konkret, naar Kanonen erobres «i den Hensigt at erhverve Fordringen», Andre erklære sig for det Øieblik, da Soldaten indfordrer Belønningen med Henvisning til den — «lige meget i hviken Hensigt» — skete Erobring, atter Andre, naar «Forberedelser» til Præstationens Erlæggelse blive trufne — naar er det? naar der rykkes i Felten, eller naar Slaget begynder eller Høien, hvorpaa Kanonen staar, stormes? — Andre endelig give Adgang til en Akcept med Ord. Herefter vilde det altsaa være tilraadeligt, om alle Armeens Soldater, inden de rykkede ud, indsendte Akcepterklæringer. Alle Unaturligheder, der lade sig opsøge, er der neppe Anledning til at gaa ind paa, det Sagte maa være tilstrækkeligt. Efter Sagens Natur [1]) og i Overensstemmelse med, hvad den preussiske Landret, rigtignok kun i begrændset Omfang, bestemmer [2]), maa det

---

[1]) jf. Siegel l. c. p. 97—99.
[2]) jf. Siegel l. c. p. 92—94.

antages, at den Udlovende definitivt bliver forpligtet i det Øieblik, hans Erklæring bliver offentliggjort. Spørgsmaalet er, lader denne Retsregel sig forene med Fordringe nom Nødvendigheden af Medvirkning. Herpaa kan Svaret ikke være tvivlsomt. Situationen er følgende: Som Enhver vil indrømme, kan det være hensigtsmæssigt ja nødvendigt nu i et bestemt Øieblik at kunne forpligte sig overfor en ubestemt Person. Om Medvirkning fra dennes Side kan der ikke være Tale. Et af To bliver altsaa nødvendigt, enten at opgive Fordringen om Medvirknings-Nødvendighed eller at lade denne indtræde fra Andres Side. Hvilken Vei, der gaas i de tidligere anførte Tilfælde, er klart. Tænke vi os Udlovningen ske gjennem offentlige Blade, vil det ikke kunne bestrides, at Forpligtelsen ikke opstod, da Avertissementet blev indleveret, ikke heller da det blev sat eller trykt. Sæt at Politiet den 1ste April beslaglægger et Oplag, der indeholder en Udlovning, at dette derpaa overgives til Offentligheden den 6. April. Naar Promittenten i Mellemtiden ved Hjælp af samme og muligvis andre Aviskontorer har gjenkaldt sit Løfte, vil ingen Forpligtelse opstaa. Det Samme vil være Tilfældet, naar Promittenten dør, forudsat at han er en saa bekjendt Personlighed, at hans Død vil være et notorisk Faktum. Kort og godt en Forpligtelse indtræder først, forsaavidt og i det Øieblik Offentlighedens Medvirkning træder til. Under en modsat Forudsætning vilde de anførte Afgjørelser, mod hvilke Ingen vil indvende Noget, være aldeles gaadefulde, thi selvfølgelig kunne de ikke henføres til Promittentens Villie. Denne kan man tænke sig gaaende ud paa en definitiv Forpligtelse fra Indleveringsøieblikket, dog ville hine Retsvirkninger ikke derved forandres. Den Trang, der er til i

visse Tilfælde at forpligte sig overfor en persona incerta, afhjælper Lovgivningen altsaa ikke ved at opgive Nødvendigheden af Medvirkning — det vilde være en ubestemt og meningsløs Regel — men derimod ved at lade Andres Medvirkning end den Berettigedes efter Omstændighederne være tilstrækkelig. Heri ligger det Eiendommelige ved vor Gruppe, der altsaa ikke er istand til at svække Sandheden af den i forrige § i Spidsen stillede Paastand.

§ 7. Fortsættelse.

II. Til Paadragelsen af en Forpligtelse fordres begrebsmæssigt ikke mere, end at den forpligtende Erklæring optages i dens Bevidsthed, hvis Medvirkning er nødvendig. Der fordres altsaa ikke, at denne erklærer et Ja eller overhovedet foretager nogen Handling, af hvilken et Samtykke fremgaaer [1]) end mindre, at et erklæret Ja meddeles den, om hvis Forpligtelse der er Tale.

Beviset herfor kunde i og for sig søges i enkelte specielle Kontraktsformer. En Gaveforpligtelse t. Ex. bliver existent i det Øieblik, Oblaten modtager og læser Brevet, uden at denne behøver at foretage nogetsomhelst yderligere Skridt. Fremdeles en Realkontrakt kan ikke gjenkaldes, naar Oblaten allerede har modtaget de som Laan tilbudne Penge, eller den som Pant oversendte Ting o. s. v. Et Handelshus, der giver et andet i Kommission at indkjøbe et Vareparti for dets Regning, kan,

---

[1]) Det er selvfølgeligt, at Forpligtelsen ikke kommer istand, naar der siges Nei af den, der skulde berettiges.

naar dette er sket overensstemmende med Ordren, ikke afvise Varerne med en Henvisning til, at Ordren var tagen tilbage, inden det havde faaet Kundskab om dens Udførelse. Imidlertid da der i de nævnte Tilfælde — Gave, Mandat, Realkontrakt — ikke hersker fuldstændig Enighed om, hvorvidt virkelig Forpligtelsen blev existent paa det før anførte Punkt, vil paa dem ikke en Slutning kunne støttes, der vil kunne staa uimodsagt. Det er bekjendt, at Forsvarerne af den Theori, der foruden Oblatens Medvirkning tillige fordrer, at Offerenten skal have faaet Kundskab om Samtykket, ikke ved Henvisningen til de omtalte Forhold have ladet sig bevæge til at opgive deres Mening. Vor Paastand maa støttes paa en af Alle anerkjendt Sætning. En saadan er ikke vanskelig at finde, selv de, der drive deres Fordringer yderst, indrømme, at en tosidet Kontrakt ialfald da er fuldstændig afsluttet, naar Akcepten er kommen til Offerentens Kundskab. Men i ethvert tosidet Forhold indeholder Akcepten en Forpligtelseserklæring. Var det begrebsmæssigt nødvendigt, at foruden en Medvirkning fra den Berettigedes Side en Meddelelse om Samtykket skete, kunde den ubestridte almindelige Mening ikke være rigtig, thi det er vel overflødigt at tilføie, at den Omstændighed, at i et tosidet Forhold Offerentens Samtykke til Akcepten sikkert kan ventes — forpligtet til at tage mod Rettigheden er den Tilbydende ikke — selvfølgelig ikke kunde dispensere fra en begrebsmæssig Fordring. Hermed er den i Spidsen stillede Sætning bevist.

III. Med det vundne Resultat: til at forpligte sig ved Retshandel udfordres begrebsmæssigt intet mindre end den Berettigedes Kundskab (I), men heller intet mere

(II) lade alle mødende Tilfælde sig nemt løse. At en Person kan stille større Fordringer, at han t. Ex. kan gjøre sin Forpligtelse afhængig af en Underretning om Modpartens Samtykke, er klart. Forsaavidt dette ikke er sket, indtræder overalt, hvor Talen er om Paadragelsen af ensidige Pligter, det kritiske Moment altsaa i det Øieblik, da Tilbudet kommer til Adressatens Kundskab. Ved tosidede Forhold er Sagen ikke saa simpel. At der med den under 1 i forrige § anførte Modifikation ikke kan indtræde nogen Forpligtelse for Akceptanten, før hans Akcept kom til Offerentens Kundskab, er klart, men hvorledes er Offerentens Stilling, er han forpligtet før dette Øieblik? Fra Kontraktsafsluttelsessynspunktet er den bekræftende Besvarelse meget vel mulig. Spørgsmaalet er, om det ikke strider mod synallagmatiske Kontrakters Væsen og altsaa mod den Tilbydendes Villie, der vilkaarligt har valgt denne Form, at lade en Forpligtelse indtræde for den ene Part, før den anden kan være forpligtet. Der findes ikke faa Retskyndige [1]), der anse det for en contradictio in adjecto at tale om tosidede Forhold med ensidig Forpligtelse. Have disse Ret vil det altsaa være meningsløst at paastaa, at Offerenten i det Øieblik, hans Tilbud kom til Kundskab, betingelsesvist paadrog sig en Sælgers, Kjøbers, Ægtemands Forpligtelse, eftersom den tilsvarende Pligt som Kjøber, Sælger, Ægtehustru utvivlsomt ikke dengang kunde opstaa. Med denne Opfattelse er imidlertid Sagen ikke afgjort, thi opstod der end ikke for Offerenten i hint kritiske Øieblik t. Ex. en Kjøbers Pligt, saa er det dog meget godt tænkeligt,

[1]) jf. Siegel l. c. p. 78.

at der opstod den ensidige Forpligtelse til ikke at tage sit Tilbud tilbage, til at finde sig i Kjøbets tilkommende Existents. Om Virkningen af et saadant ved Kjøbetilbudets Akcept tilblevet pactum de contrahendo kan der iøvrigt tvistes. Skulle vi, naar den Paagjældende trods sit Løfte tager Tilbudet tilbage, simpelthen ignorere denne Handling og lade Kjøbet blive til, som om Tilbudet endnu stod ved Magt, eller skal Virkningen være den, at Vedkommende bliver forpligtet til Skadeserstatning, hvori ligger, at den Tilbydende bliver ansvarsfri, naar Modtageren ikke kan paavise, at han lider Tab derved, at Kontrakten ikke kommer istand? Saavel det mere almindelige som det sidstnævnte specielle Spørgsmaal kunne vi her forbigaa. Saa meget synes vist, at en Forpligtelse opstaar for den, der tilbyder Indgaaelsen af en tosidet Kontrakt, i det Øieblik, hans Tilbud kommer til Kundskab, hvilket Indhold denne Forpligtelse har, om dette skal bestemmes forskjelligt efter den forskjellige synallagmatiske Kontrakt, der er Tale om, eller ens ved alle Tilbud, blot i Almindelighed gaaende ud paa at finde sig i Forholdets fremtidige Stiftelse, — Afgjørelsen heraf beror paa Momenter, der ikke staa i nogen nødvendig Forbindelse med vor Udvikling. Situationen er formentlig i det Øieblik, Tilbudet om en tosidet Kontrakt optages i Adressatens Bevidsthed, fuldstændig den samme som ved de saakaldte negotia claudicantia. Hvorledes man theoretisk skal lægge sig disse tilrette, derpaa behøve vi som sagt ikke at indlade os. [1])

---

[1]) se herom Windsch. Pandekten II, § 321. Anm. 23.

§ 8. Oversigt over de forskjellige Anskuelser om Kontraktens Tilblivelsesøieblik.

Det er ingenlunde Forfatterens Mening at give et udførligt Referat af de mange forskjellige Theorier, der findes fremsatte i den for vort Emnes Vedkommende saa uhyre omfangsrige Litteratur. Den, der ønsker en videre Oversigt, skulle vi henvise til Koeppens tidligere citerede Skrift. Her er der kun Tale om en kortfattet Skizze, som man i Betragtning af, at den danske Litteratur mangler en nøiagtig Angivelse af de forskjellige Hovedretninger forhaabentlig ikke vil finde overflødig. Først og fremmest maa ikke glemmes, at vi her ikke beskjæftige os med de Theorier, der overhovedet forkaste Kontraktssynspunktet, men derimod kun med de Forfattere, der have erkjendt, at Forpligtelsen opstaar i et senere Moment end det, i hvilket Erklæringen afgives, men nu strides om, hvilket dette senere Moment er. Indtil de allernyeste Dage har man altid følt Nødvendigheden af en Medvirkning. Den fra Romerne nedarvede Sætning: obligatio consensu contrahitur har dannet Grundlaget og Udgangspunktet for enhver Undersøgelse. Saa sand nu end denne Regel, rigtig forstaaet, synes at være, saa uheldig maa det dog erkjendes, at den har indvirket paa Udfindelsen af et tilfredsstillende Resultat. Istedenfor at tilbagelægge den Abstraktionens Vei, ad hvilken den er vunden og paa den Maade at komme til dens Forstaaelse, har man omvendt ud fra den som given ved Deduktion søgt at udlede Resultaterne. Man er herved gaaet saa langt, at man endogsaa har søgt Hjælp i Etymologien af Ordene consensus og conventio. At denne ikke kunde føre til en tilfredsstillende Løsning, er nemt at indse. I

Ordet »consensus« ligger ikke andet, end at to Personer have »samme Sind«. Denne Betingelse er utvivlsomt tilstede, naar A overfor en Tredie tilfældig er kommen til at udtale sin Hensigt i Fremtiden at ville indlade sig i et bestemt Kontraktsforhold med B, og nu denne paa sin Side overfor en Fjerde har yttret en tilsvarende Villie. At imidlertid ved et saadant Sammenstød af Omstændigheder ingen Kontrakt opstaar, derom har man aldrig kunnet tvivle. Bedre gaar det ikke med Ordet conventio, at to Personer kunne »komme sammen« paa et Sted, uden at have Bevidsthed derom, er klart. Ladt i Stikken af Etymologien maatte man derfor søge Sætningen oplyst ad Exemplernes Vei, men selv her var den en meget uheldig Hemsko, thi, hvilken Mening man iøvrigt havde om den, Et syntes klart, at »consensus« ikke snart kunde have en snart en anden Betydning. Eftersom man nu til Sætningens Illustration greb til forskjellige Exempler, kom man til forskjellige Resultater, der, hvor Øiet tilfældig først faldt hen, kom Afgjørelsen til at ligge. Nogle fæstede deres Opmærksomhed paa Gave- og Realkontrakterne, ved disse syntes det klart, at Forpligtelsen allerede indtraadte med Oblatens blotte Akcept. Dette maatte altsaa være det afgjørende Øieblik, og consensus forstaas i Overensstemmelse hermed. Følgelig maa et Kjøb og Salg, der jo ogsaa bliver til ved consensus, være perfekt i dette Øieblik. Nu ser imidlertid Enhver strax, at det er en stor Urimelighed at afskjære den, der har modtaget et Salgstilbud, fra at forlange det Brev, hvori han samtykker i dette, tilbage fra Posten. Aabenbart kan han først da være forpligtet, naar hans Brev naar til Sælgerens Bevidsthed. Med Kjøbet og Salget for Øie sætte nu Andre ind, og ville have Ordet consensus forstaaet i Overens-

stemmelse med de Regler, den naturlige Retsfølelse ved dette dikterer. Herefter foreligger altsaa consensus først da, naar Akcepten er kommen til den Tilbydendes Kundskab, altsaa ogsaa ved Gave- og Realkontrakter kan først i dette Øieblik Forpligtelser opstaa. Det er klart, at to Personer, der strides om en sort- og hvidstribet Gjenstands Farve, idet den Ene paastaar, at den er sort, den anden, at den er hvid, ville kunne kives til evige Tider, og begge være heldige i Polemiken mod hinanden. Saa længe man ikke (ihukommende non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat) renoncerer paa ad deduktiv Vei at finde Resultaterne, vil ingen Slutning naas. Den skizzerede Strid fører af sig selv ind paa en tredie Vei, i visse Tilfælde at fordre Et, i andre et Andet. Vi have hermed antydet de tre Hovedformer, indenfor hvilke de Retskyndiges Meninger have bevæget sig. I Tyskland har man fundet paa et eget Navn saa godt som for enhver Theori, dette angives i Parenthes, om en Oversættelse vil der ikke godt kunne være Tale.

I. Det kritiske Moment indtræder i det Øieblik, da Akcepten kommer til Offerentens Kundskab (Vernehmungstheorie).

II. Denne Kundskab er overflødig (Aeusserungstheorie). Men i Henseende til, paa hvilket tidligere Tidspunkt Forpligtelsen bliver til, spalte Meningerne sig.

a) Kontrakten opstaar i det Øieblik Akceptanten erklærer »Ja« (Aeusserungstheorie i snever Forstand).

b) Det kritiske Moment er, forsaavidt Akcepten sker ved en udtrykkelig Erklæring, det Øieblik, da Akceptanten har gjort, hvad der fra hans Side udfordres til Erklæringens Oversendelse (Uebermittelungstheorie).

c) Først naar den udtrykkelige Akcepterklæring naar Offerenten, bliver Forpligtelsen existent (Empfangstheorie).

III. Efter Windscheid[1]) maa der skjelnes. Den Tilbydende er bunden, saa snart Akcepten er erklæret, Akceptanten først, naar hans Akcept er naaet til Offerenten, »thi da er Hengivelsen af Erklæringen først tilende«. Sker Antagelsen ved stiltiende Handling er med dennes Foretagelse begge bundne. (Blandede Theorier.)

Paa de uheldige Resultater, til hvilke de fremstillede Theorier, hver for sig føre, kunne vi heller ikke her gaa ind. Kun bemærkes: I er urigtig, fordi den i visse Tilfælde fordrer for meget, den anser det ikke tilstrækkeligt for Offerentens Forpligtelse, at Forpligtelseserklæringen er akcepteret, medens dog dette igjen skal være tilstrækkeligt for Akceptantens Vedkommende (forsaavidt Talen er om hans Forpligtelse); II, fordi den ligeledes snart fordrer for meget snart igjen for lidt, idet den lader Akceptanten ensidig blive forpligtet. Theorien III endelig er i den angivne Form ligeledes uholdbar. Naar Windscheid lader Akceptanten bindes i det Øieblik, hans forpligtende Erklæring naar Offerenten, »fordi Hengivelsen af hans Erklæring da er tilende«, maa det altsaa være hans Mening, at der begrebsmæssigt til Forpligtelsers Paadragelse ikke fordres mere end denne »Hengivelse«, men hvorfor da Offerenten bindes ikke i det Øieblik, hans forpligtende Erklæring naar Oblaten, men først naar en udtrykkelig Akcept er kommen til, er en ubegribelig Inkonsekvents. Utvivlsom urigtig er ogsaa Windscheids Regel om den stiltiende Akcept. Oblaten, der har fore-

[1]) Pandekten II. § 305, og følgende p. 156.

taget en Handling, fra hvilken der kan sluttes til hans Villie at akceptere, er under Forudsætning af, at denne ikke involverer et objektivt Indgreb i Medkontrahentens Sphære, derfor endnu ikke bunden, jf. det tidligere anførte Exempel. (Bestilte Varers Afsendelse.)

Tillæg. Selvfølgelig ere Blandingsformer af de fremstillede Theorier tænkelige. Som Exempel paa en saadan vilde man kunne anføre Hindenburg i det tidligere citeterede Skrift. Nævnte ærede Forfatter giver i § 5 den under I anførte Theori Ret, men formulerer samtidigt Reglen saaledes, at II c. gaar af med Seiren, idet han lader det Øieblik, da Offerenten »modtager« Adressatens samtykkende Svar, være afgjørende. I § 7 siger han, »naar Tilbudet er modtaget af Adressaten, er Kontrakten dermed afsluttet«, forstaar han her ved »modtaget«, hvad der ligger i selve Ordet, opstiller han en ny Theori, tager han modtage = akceptere, viser han sig i den nævnte § som Tilhænger af II a. I § 8 udføres da ogsaa, at en Gaveforpligtelse opstaar, saa saare Tilbudet er akcepteret. Sammesteds siges imidlertid, at »dette Tilfælde ikke kan være afgjørende for Afslutningen af bebyrdende Konrakter«. Det synes os, at denne Bemærkning strængt taget i en Undersøgelse, der gaar ud paa en Erkjendelse af, hvad Kontraktsbegrebet i en enkelt Retning fører til, er af samme Natur, som hvis en Naturhistoriker, efterat have opstillet Svanens Begreb og efter med dette at have forbundet Egenskaben hvid, nu senere, efterat være stødt paa sorte Svaner, »ikke vilde lade dette være afgjørende«. Dog tør det vel antages at være Hindenburgs Mening at skjelne. Han er altsaa nu Forsvarer af III. I samme § S. 26—27 lader han en Kjøbekontrakt blive til i det Øieblik, Adressaten afsender bestilte Varer; her kommer

altsaa Theorien II b. til sin Ret. Da nu endelig Hindenburg paa forskjellige Steder viser sig som en Tilhænger af den Theori, der overhovedet forkaster Kontraktssynspunktet, for at lade Forpligtelsen opstaa ensidigt — exempelvis kan anføres, at han p. 16 erklærer Villien i Afsendelsesøieblikket for den afgjørende, og i § 34 lader Eiendomsretten over solgte Varer gaa over paa det Tidspunkt, da Sælgeren ensidig erklærede Afhændelseshensigten, en Retsvirkning, der jo umuligt kan finde sin Forklaring i den først senere tilstødende consensus, thi ingen Aarsag kan virke tilbage —, medens han altsaa samtidig stiller sig paa Standpunkterne I, II a, b og c, endelig III, vil man finde Henførelsen af hans Theori under Blandingsformerne retfærdiggjort. At en Eklekticisme som den nævnte iøvrigt ikke er holdbar, turde være indlysende.

§ 9. Tilsyneladende Konsekventser af Sætningen: obligatio consensu contrahitur. Disses Uantageligbed.

Saa indlysende de i det Foregaaende vundne Resultater ere, saa urimelige synes de Sætninger at være, til hvilke vi ved dem følgerigtigt føres. Vi ere her komne til et Punkt, der gjør Krav paa en udelt Opmærksomhed. Vi tænke os for Tydelighedens Skyld en Erklæring, et Tilbud afgivet den 1. Jan., og det kritiske Moment indtrædende den 1. Febr., og vi gaa videre ud fra, hvad jo ikke kan bestrides, at den Forpligtelse, der skal opstaa, maa dannes af en Villie, hvis Indhold selvfølgelig maa korrespondere til Forpligtelsens. Spørgsmaalet er nu, hvilken Villie skulle vi tage, den, der forelaa d. 1. Jan. eller den fra 1. Febr., eller muligvis en

Villie i Mellemtiden. Enhver, der tænker nærmere over Sagen, kan formentlig ikke være i Tvivl om Svaret. Om Villien d. 1. Jan. kan der ikke være Tale. Thi er det sandt, at ingen Forpligtelse ensidig kan opstaa, saa er det en uundgaaelig Følgesætning, at man i Erklæringsøieblikket heller ikke kan have nogen Forpligtelsesvillie. Meningsløst vilde det være efter vort Skjøn at gribe den Villie, hvis Indhold slet ikke kan være: jeg er forpligtet. En nærværende aktuel Forpligtelse kan kun dannes af en nærværende aktuel Villie, denne er imidlertid, hvis Sætningen obligatio consensu contrahitur er sand, kun mulig i selve det kritiske Moment, før dette kan der kun være Tale om en Villie til fremtidigt at blive forpligtet. Vi kunne, idet vi gaa ud fra Nødvendigheden af, at overhovedet en Villie er nødvendig for Forpligtelsens Tilbliven, ogsaa udtrykke denne Tanke saaledes: ethvert Tilbud kan kun være Udtalelsen af det Forsæt, den Villie i det fremtidige kritiske Moment at have en Villie, af hvilken Forpligtelsen kan dannes. Den Villie, Plan eller Forsæt i Fremtiden at ville kan selvfølgelig ikke binde, thi den er jo altid ensidig. Den, der fremsætter et Salgstilbud siger altsaa med dette: i det fremtidige Moment, da du akcepterer, skal min Salgsvillie være tilstede. Er dette nu virkelig ogsaa Tilfældet, er der ingen Tvivl om, at Forpligtelsen opstaar. Vi have 1) en Villie med det rigtige Indhold, 2) denne Villie er erklæret, 3) den nødvendige Samvirken har fundet Sted. Imod Erklæringen kan ingen Indvendinger fremsættes, det er ganske vist sandt, at Erklæringen af en fremtidig Villie er usikkrere, end af en nærværende, men denne Forskjel er kun kvantitativ. Naar et Menneske siger: jeg har nu en Villie, er jeg ligesaalidt sikker, som naar

han siger: jeg vil fremtidigt have en Villie. Ligesom vi i første Tilfælde formode, at Erklæringen stemmer overens med Villien, idet dette er det normale Forhold, saaledes formode vi ogsaa, ifølge den tidligere afgivne Erklæring, at den nødvendige Villie er tilstede i det kritiske Moment. Heri er intet Unaturligt, thi da et Tilbud, forsaavidt det afgives af et myndigt og tilregneligt Individ, ikke er Udtrykket for et vilkaarligt Lune men for en Fornødenhed, hvis Tilfredsstillelse søges opnaaet ved Modpartens Hjælp, ligger en Villiesforandring udenfor det Sædvanlige. At exempelvis Brudgommens Villie at ægte forandrer sig i den Mellemtid, da han har udtalt sit Ja, og Brudens Ja udtales, er ikke normalt.

Hvad i det Foregaaende er søgt godtgjort, at den Omstændighed, at et Forsæt at indgaa en Forpligtelse engang har været tilstede, umuligt kan medføre en Forpligtelse, naar i det kritiske Moment den Villie, af hvilken denne ene kan dannes, mangler, er i Theorien egentlig hidindtil altid [1], om end maaske paa en noget uklar Maade blevet lært. Allerede de romerske Jurister indeholde mange Afgjørelser, der kun fra dette Synspunkt ere forklarlige [2]. Neppe findes der heller nogen Konsekvents af Sætningen: obligatio consensu contrahitur, der kunde være sikkrere,

---

[1]) Sérafini p. 24: Pour rendre le contrat parfait, il faut nécessairement que jusqu'au moment de l'acceptation, la volonté exprimée dans la proposition conserve son existence juridique vis—à—vis du destinataire. Jusqu'ici tous s'accordent.

[2]) Jf. l. 2, § 6 D. 39—5, l. 4 pr. D. 40—2. og særlig l. 7 D. 24—2. Naar en Ægtemand sender sin Kone et Skissebrev, og han i det Øieblik, Konen modtager dette, har forandret sin Beslutning, vedvarer Ægteskabet.

neppe Noget synes mere indlysende end dette, at det vilde være modsigende, at bygge Forpligtelsen paa en tidligere Villie, der efter Udgangspunktet kan have ethvert andet Indhold, kun ikke det at være forpligtet, altsaa kun ikke det Indhold, der, hvis Retsvirkninger skulde indtræde, vilde være det ene fornødne. Fuldstændig urigtigt er det herefter, hvor Kontrakten afsluttes inter absentes, at lægge Vægten paa den Villie, der foreligger, da Brevet eller en nuntius afsendes. Til at det Urigtige specielt heri bedre føles, kan muligvis efterfølgende Sammenligning tjene. Vi ville først tage det Tilfælde, at den, der vil træde i Forbindelse med den Fraværende, ikke benytter Mellemmand, men selv foretager Reisen, de retlige Virkninger ere da klare. Hvem vilde tvivle om, at ikke nogensomhelst Forpligtelse blev existent, da Vedkommende t. Ex. i den Hensigt at kontrahere satte sig i Jernbanevognen, men først i det Øieblik, da Forhandlingen med den Fraværende fandt Sted? Hvem vilde tvivle om, at ligesom det nævnte Øieblik var Kontraheringens Tid, saaledes ogsaa det Sted, hvor hin Forhandling skete, maatte blive det afgjørende i retlig Henseende? Vil nogen erkjende Retshandlen for gyldig, skjøndt den rammes af en Forbudslov, naar samme først er udkommen i den Tid, da den Paagjældende var paa Reisen? Gik Eiendomsretten over den Ting, han vilde overdrage, betingelsesvis over, da han satte sig i Jernbanevognen med den, gjorde han, forsaavidt han paa et Opholdssted underveis havde Samleie med en Kvinde, sig betingelsesvis skyldig i Hoer, naar Reisens Maal var Indgaaelsen af et Ægteskab? Og nu i det andet Tilfælde, at den Paagjældende ikke selv reiser, men sender et Brev, en nuntius afsted, skal her hele Retsforholdet pludseligt forandre Fysionomi, nu skal Vil-

lien i Afsendelsesøieblikket være afgjørende, nu skal en Forbudslov være irrelevant, Eiendomsretten betingelsesvis gaa over? Men er da nuntius, Brev o. s. v. ikke blotte Surrogater for den personlige Nærværelse, og dog skulle helt andre Virkninger indtræde, end om vi tænkte os Muligheden af, at Vedkommende kunde mangfoldiggjøre sig lige saa mange Gange, som han sender Breve, Fuldmægtige og nuntii ud i Verden? For Forfatterens umiddelbare Betragtning staar det som utvivlsomt, at den Villiesbeslutning, i Kraft af hvilken man afsender Brevet, er ligesaa irrelevant som den, i Kraft af hvilken man sætter sig i Jernbanevognen. Ganske vist er der en Forskjel paa disse to Tilfælde, der, som det Følgende vil vise, ingenlunde er betydningsløs, nemlig den, at den Kontraherende. der underveis fortryder sin Beslutning, strax har det i sin Magt at handle overensstemmende hermed, medens dette ikke er muligt, hvor et Brev er afsendt. Derimod er det en Urimelighed at søge Forskjellen i, at i det ene Tilfælde Villien i Forhandlingsøieblikket, i det andet Villien paa et tidligere Stadium skulde være den, af hvilken de retlige Virkninger udledtes. I det Følgende, hvor Talen kommer paa den Lære, der forsvarer Muligheden af ensidige Forpligtelser, vil først hin Urimelighed tilfulde kunne indses. Vi opstille altsaa som Resultat: Er Sætningen obligatio consensu contrahitur rigtig, da kan kun den Villie der foreligger i det kritiske Moment, have retlig Betydning. Dette ville vi nærmere have at udvikle i dobbelt Retning. Herved er det, at vi ville føres ind paa de i Overskriften bebudede Urimeligheder, som man hidindtil formentlig forgjæves har søgt at fjerne.

I. Naar Villien foreligger i det kritiske Moment, er ingen Hindring for Forpligtelsens Opvaagnen tilstede.

Det er derfor urigtigt, naar vi hos samtlige Forfattere finde den Fordring, at Villien vedvarende skal være tilstede mellem Erklæringens Afgivelse og dens Antagelse. For en saadan Fordring kan ingen Grund anføres, thi den stiller foruden det, at Forpligtelsesvillien skal være tilstede, det yderligere Krav, at der forud i et længere Tidsrum vedvarende skal have været det Forsæt tilstede fremtidigt at ville kontrahere. Der er Intet iveien for at afsende en Offert paa et Tidspunkt, hvor man endnu aldeles ikke har decideret sig, idet man oppebier senere Konjunkturer, for da, hvis disse falde ud i Ens Disfavør, at standse Offerten ved et Telegram. Bliver man ved Tilbudet og modtages dette, er der ingen optænkelig Grund for, at Akceptanten skulde kunne afryste sin overtagne Forpligtelse ved at bevise, at Offerenten i Afsendelsesøieblikket ikke havde taget nogen definitiv Bestemmelse. Ligeledes er det fuldstændig ligegyldigt, om Forsættet at kontrahere oprindeligt var tilstede, derpaa blev opgivet, atter optaget o. s. v. Er Villien blot tilstede i det afgjørende Øjeblik, ere alle disse Tilstande af Raadvildhed ligegyldige. Naar derfor Koeppen i det citerede Skrift er kommen til at forkaste Kontraktstheorien, fordi den kræver Villiens vedvarende Nærværelse [1]), hvilket fører til Urimeligheder, har han paabyrdet Kontraktslæren Følgesætninger, som den er berettiget til at afvise. Det Ræsonnement, ved hvilket

---

[1]) Jf. l. c. p. 141.

han retfærdiggjør sin Beskyldning, er modsigende. Koeppens Tankegang er følgende. Han skjelner mellem Retsforholds og Retshandlers sukcessive Tilblivelse. Til Retshandlens Begreb hører efter ham den retlige Virkning, der maa indtræde umiddelbart, som i den fysiske Verden Aarsagen efterfølges af Virkningen. Hvor derfor ingen retlig Virkning foreligger, har vi endnu ingen Retshandel, om end muligvis en Bestanddel af en saadan, et Testamente er t. Ex. ikke nogen Retshandel, da Virkningen først kan indtræde ved Testators Død. Overalt, hvor vi nu træffe paa den Kombination, at Aarsagsbestanddelene ere spredte i Tiden, have vi efter Koeppen at gjøre med Kategorien: Retshandlers sukcessive Tilblivelse, saaledes just ved Kontrakters Afslutning, thi ved disse har jo efter den almindelige Mening Offerentens isolerede Erklæring (vi ville for Tydeligheds Skyld kalde denne a) ingen retlig Virkning, før Akcepten (b) træder til, først a + b giver Kontrakten c. Den tidligere Villie (a) kan ikke have nogensomhelst af Retsordenen sikkret Existents [1]), den maa kunne tages tilbage, og naar dette er sket inden b foreligger, kan Retsforholdet ikke blive til, kunde den ikke tilbagetages, vilde den jo nemlig have retlige Virkninger, men dette strider mod Forudsætningen, at kun a + b kan medføre en saadan. a kan altsaa kun have Betydning, forsaavidt den opretholdes af Subjektets permanente Villie. Dette skal ogsaa være Romerrettens Regel. Denne har vel i visse Tilfælde dispenseret fra, at alle Aarsagsmomenter samtidig skulle være tilstede, den har erkjendt det som uforeneligt med Samhandlens Tarv altid at fordre Retshandlens simultane Tilbliven,

[1]) Jf. l. c. p. 149–150.

men, hvor den har indført den »Lettelse«, at Retshandlen sukcessivt kan blive til, har den fastholdt Fordringen om, at Villieserklæringen, forsaavidt den isolerede Aarsagsbestanddel er en saadan, bæres af den permanente Villie, der kun fraviges i Favør af visse Retshandler. Egentlig skulde t. Ex. et Testamente blive ugyldigt, naar Testator blev umyndiggjort eller vanvittig, hvor dog Romerretten i sin særlige Velvillie for sidste Bestemmelser mod ratio juris har opretholdt det. Koeppen kunde muligvis fra sit Standpunkt have tilføiet som et yderligere Bevis for hin Favør, at »egentligt« skulde Testamentet være ugyldigt, naar Testator efter dets Oprettelse tog sig en lille Lur. Hvor lidet tilfredsstillende hele denne Koeppenske Theori, efter hvilken »egentlig« Testamenter ere en Umulighed, eftersom den sidste Villie (a) skal være tilstede i det Øieblik, da Døden (b) indtræder, hvilket som bekjendt er en Umulighed, efter kvilken fremdeles Lovgivningen erkjendende Nødvendigheden af sukcessiv Opstaaen har indført t. Ex. ved Kontrakters Tilbliven den »Lettelse«, at den istedetfor at fordre a + b fordrer (a + a + a + a o. s. v.) + b, er, som det forekommer os, indlysende. Hovedsagen er imidlertid, at det Uberettigede i Koeppens Slutning bliver paavist. Indrømmet fra vor Side, at kun a + b er istand til at afføde Retsvirkning, at altsaa a isoleret er uden Betydning, saa er det selvfølgelig klart, at den tidligere Villie heller ikke kan faa den negative Betydning, at dens Mangel hindrer den senere indtrædende Forpligtelse. Det er en uberettiget Fremgangsmaade at begynde med, at a ingen Betydning har og saa strax efter at tillægge den en saadan i negativ Retning. Koeppen overser aldeles, hvad vi fra Kontraktssynspunktet strængt ville fastholde, at den paa Kontraktens Tilbliven

rettede Villie ikke er en konstant sig perpetuerende Størrelse, men at den Villie, der foreligger i det kritiske Moment, og af hvilken vi danne Forpligtelsen, nødvendigvis maa have et kvalitativ forskjelligt Indhold fra den Villie, der foreligger forinden. Er Sætningen obligatio consensu contrahitur sand, kan man ikke, for at gjentage en Sandhed, der ikke noksom kan indpræges, før det kritiske Moment ville en Forpligtelse, uden at gjøre sig skyldig i Modsigelse.

2. Naar Villien mangler i det kritiske Moment, kan ingen Forpligtelse opstaa.

Det er allerede bemærket, at efter Livsforholdenes sædvanlige Gang er det tilladt at præsumere fra den tidligere afgivne Erklæring til den nærværende Villie. Imidlertid er det klart, at denne Formodning falder bort, naar det Modsatte bevises. Sagen er simpel, naar den Tilbydende er død, umyndiggjort o. s. v. i Mellemtiden. Villiens Nærværelse i det kritiske Moment var da en Umulighed. Til det samme Resultat kommer man, naar den Tilbydende beviser, at han for Andre har udtalt en Tilbagekaldelse [1]), og Omstændighederne ere saadanne, at

---

[1]) Forfatteren er sig fuldt bevidst, at han ved at tale om „Tilbagekaldelse“ gjør sig skyldig i Unøiagtighed. En Tilbagekaldelse refererer sig jo til noget i Fortiden givet, i vort Tilfælde til en tidligere Villie, der uden den maatte faa Virkning. Naar man siger, at den d. 1 Jan. udtalte Villie „tilbagekaldes“ d. 2 Jan., ligger heri det Postulat, at hin ellers vilde have affødt retlige Følger. Dette er jo imidlertid slet ikke Tilfældet i de i Texten omtalte Forhold. Egentlig burde der tales om saadanne Handlinger, der sigte til at udelukke Slutningen fra Erklæringen til Villiens Præsens i det kritiske Moment.

det er lidet troligt, at hans Villie senere skulde være vendt tilbage. Men ogsaa, naar den Erklærende godtgjør, at Konjunkturerne i Mellemtiden havde forandret sig saaledes, at Kontrakten vilde blive til hans Skade, og at dette var ham bekjendt, vilde det være en Fiktion, om vi mod hans egen Interesse statuerede Villiens Præsens. I alle saadanne Tilfælde, som anført, synes det at være en klar Følge af vort Udgangspunkt, at ingen Forpligtelse kan opstaa. Thi hvorpaa skulde denne hvile?. Da Villien blev greben, var den i Virkeligheden slet ikke tilstede, forinden var der nok en Villie, men den var ensidig og derfor uden Betydning. Ligesaa lidt som Kontrakten under de anførte Forhold kan komme istand, ligesaa lidt kan der være Tale om at gjøre Ansvar gjældende i anden Retning mod den Erklærende, fordi han har taget sin Villie tilbage, thi et saadant Ansvar vilde forudsætte en Pligtstridighed, der maatte have sin Hjemmel i den tidligere afgivne Erklæring, ved hvilken det imidlertid var en Umulighed at overtage nogen Pligt, da en Medvirkning til den ikke fandt Sted. Kan man blive staaende ved dette Resultat? Umuligt, thi det tilintetgjør al Handel og Vandel. Dette vil først være at paavise. Forinden skal dog gjøres opmærksom paa en utilladelig Vei, mange Jurister her ere slaaede ind paa. Det er meget almindeligt at henvise til de Tab, Akceptanten ved en Theori som den i det Foregaaende fremstillede lider ved »i Forventning« af Kontraktens Istandkommen at træffe Arrangementer — Citater ere her overflødige, ligesom Læseren heller ikke skal trættes med de anførte Exempler — og nu paa Grundlag af denne skuffede Forventning at deducere Forpligtelser for Offerenten. Det Uheldige i et saadant Ræsonnement er ikke vanskeligt at finde. For-

ventningen retter sig efter Forpligtelsen og ikke omvendt. Den, der begiver sig ned til Jernbanen paa en i Avisen annonceret Afgangstid, kan, naar han vises tilbage med den Besked, at Toget ikke gaar til den bekjendtgjorte Tid, derved lide et betydeligt Formuetab. Kan han fordre dette erstattet? Nei, vil man svare, thi paa Annoncer af den nævnte Art kan man ikke ubetinget stole. Nogen »grundet Forventning« om Befordring kunde den Skuffede ikke nære. Sæt nu, at saadanne Skuffelser ofte indtraadte, vil der ikke være nogen Tvivl om, at Lovgiveren skred ind. Hvis nu paa dette Stadium Afgangstiden ikke finder Sted i Overensstemmelse med den skete Bekjendtgjørelse, bliver Jernbanebestyrelsen ansvarlig. Hvorfor? Man kan gjerne svare, fordi den Forurettede nærede en Forventning om at blive befordret, men man oplyser Intet med dette Svar. Ved at støtte Forpligtelsen paa en grundet Forventning bevæger man sig simpelthen i en Cirkel. Thi naar er Forventningen »grundet«? Naar der foreligger »saadanne Grunde«, at en Forpligtelse ved dem er motiveret. Her er det afgjørende Punkt, ere de tilstede med Hensyn til en Person, da vil han ogsaa »vente«, at han som alle andre i samme Kombination vil erhverve en Ret, men dette er som selvfølgeligt en ligegyldig Omstændighed. Ingen, der i Processen optræder mod en Anden, behøver at bevise, at der med Hensyn til ham foreligger alle de Grunde, der ere nødvendige til en Rettigheds Erhvervelse + det, at han ogsaa har ventet at erhverve denne. Omvendt hjælper det ikke det allerringeste at allegere og bevise, at man har »ventet« en Rettighed, saalænge man ikke rykker frem med Grundene, med andre Ord: paa disse ligger alene Vægten, og Forventningen er ligegyldig. Hvis man altsaa til at

paavise det Urimelige i vort Resultat ikke har andet at anføre end en Henvisning til de Tab, Modparten ved sin Forventning lider, da behøver det ikke at trække sig tilbage. Er det en begrebsmæssig Nødvendighed, at ingen Forpligtelse kan opstaa, naar Villien mangler i det kritiske Moment, da maa denne Nødvendighed ogsaa være Medkontrahenten bekjendt, han kan, da Grundene for en Forpligtelse ikke ere tilstede, ikke paastaa nogen Rettighed, og de Udgifter, han i »Forventning« af alligevel at erhverve en saadan har paadraget sig, vil han selv have at bære. Fra en anden Side derimod vil Resultatets Urimelighed være indlysende. Hvis det er en nødvendig Betingelse, for at Forpligtelsen kan opstaa, at Villien er tilstede i det kritiske Moment, vil den fraværende Modtager af et Tilbud ikke kunne have nogen Sikkerhed for, at han har erhvervet en Ret, han maa altsaa skrive tilbage til den Tilbydende for at faa Underretning om dette Punkt. I heldigste Tilfælde faar han det Svar, at Offerenten i Akceptøieblikket var død, umyndiggjort o. s. v., nu véd han, at han ingen Rettighed har erhvervet. Anderledes naar Offerenten selv svarer enten Ja eller Nei. Den bekræftende Besvarelse maa enten opfattes som en bevisende eller som en forpligtende Erklæring. Anlægges det første Synspunkt, bliver Muligheden af Modbevis tilstede, som Offerenten meget vel kan have sikkret sig, anlægges det sidste, reiser sig den videre Kvæstion, om der ved Jaets Modtagelse bagved dette laa en forpligtende Villie. For at faa Underretning herom maatte Akceptanten igjen skrive og saaledes in infinitum. Ganske paa samme Maade stiller Forholdet sig, naar Svaret Nei gives. Dette opfattet som Bevismiddel tilintetgjøres ved dets Usandhed, som forpligtende Erklæring er det uden Be-

tydning, naar det er gjenkaldt, da det blev modtaget. Med andre Ord: den fraværende Adressat faar ingensinde Sikkerhed for, at Kontrakten er kommen istand, og heller ikke for, at den ikke er det. Paa Basis af hin i det Uendelige varende Uvishedstilstand kan ingen Foranstaltning træffes, anderledes udtrykt: Kontrakters Afslutning mellem Fraværende er en Umulighed. Til dette sørgelige Resultat synes hele den foregaaende Udvikling med logisk Nødvendighed at føre os hen. Vi synes altsaa her at staa overfor et Dilemma. Enten er Sætningen obligatio consensu contrahitur urigtig, det bliver nødvendigt at forkaste den af samme følgende Fordring om Villiens Præsens i det kritiske Moment, hvormed den da selv er opgiven, altsaa nødvendigt at bygge Forpligtelser paa en tidligere ikke-greben følgelig ensidig Villie. Eller vi maa blive staaende ved hin Umulighed. Den første Vei har unægtelig det mest tillokkende ved sig. Naar man alligevel ikke har betraadt den før i de allernyeste Dage, uden at paa den anden Side Afslutningen af Kontrakter mellem Fraværende er bleven opgiven af Retsvidenskaben, da skyldes dette Fiktionens Hjælp. Fastholdende Villiens Nødvendighed i det kritiske Moment har man, hvor dette førte til Urimeligheder, skudt en Villie ind, der ikke havde Hjemmel i de virkelige Forhold. Med disse Forsøg, til hvilke de fleste Forfattere have givet Bidrag, ville vi have at beskjæftige os i næste §. Naar vi have erkjendt det Utilfredsstillende i dem, gaa vi i § 11 over til at paavise, at endnu mindre de Theorier, der bygge Forpligtelser paa en ensidig Villie, ere istand til at give en blot nogenledes antagelig Løsning.

§ 10. De Theorier, der ved Fiktionens Hjælp søge at bøde paa de Urimeligheder, der synes at følge af Reglen: obligatio consensu contrahitur.

Scheurl [1]) hylder den Theori, efter hvilken Kontrakten skal anses afsluttet i det Øieblik, da det første Skridt til Akceptens Meddelelse er sket (jf. § 8 under II b), det er altsaa i dette, at den Tilbydendes Villie virkelig skal være tilstede. Ligeoverfor de heraf følgende Ulemper stiller Scheurl sig nu paa følgende Maade. Han henviser til [2]), at Villien ved Erklæringen har faaet »eine Verkörperung«, i hvilken den vedbliver at bestaa uafhængigt af blot indvortes Forandringer af Beslutningen. Saadanne ere derfor uden Betydning. Kun de Tilbagekaldelser, der have faaet Udtryk i udvortes Handlinger, kan der være Tale om, men heller ikke alle disse. Vel vil Scheurl ikke paa nogen Maade indrømme, at Gjenkaldelsen af en Offert kun da skulde være gyldig, naar den var bragt til Adressatens Kundskab inden det kritiske Moment, thi »Alles kommt doch darauf an, dass die Annahmeerklärung auf dem dabei vorausgesetzten gegenwärtigen Dasein des Willens beruht« [3]), af hvilken Grund han ogsaa lader Offerentens i Mellemtiden indtrufne Død, Umyndiggjørelse osv. virke absolut tilintetgjørende paa Forholdet uden Hensyn til Adressatens Kundskab. Derimod mener han nok, ogsaa at kunne erklære saadanne Gjenkaldelser for betydningsløse, der vel have faaet et udvortes Udtryk, men ikke ere blevne ret-

[1]) Jahrb. f. Dogm. II p. 248.
[2]) l. c. p. 260.
[3]) l. c. p. 262.

tede til Modparten. Mangler nemlig denne sidste Omstændighed, maa vi sige, at det slet ikke har været Offerentens Mening at tilbagekalde sit Tilbud, hin Undladelse kan kun opfattes som en Renunciation paa Gjenkaldelse [1]). Den, der t. Ex. yttrer til Trediemand, at han vil træde tilbage, kan hermed kun mene. at han fortryder sit Tilbud, hans Yttring er en blot Beklagelse. Herefter kunne vi altsaa sammentrænge Scheurls Theori paa følgende Maade:

1) Indvortes Tilbagekaldelser ere betydningsløse, »thi trods dem bestaar Villien i sin Legemliggjørelse«.

2) Den udtrykkelige Tilbagekaldelse behøver ikke at naa Offerenten inden det kritiske Øieblik, »thi Alt kommer dog an paa Villiens virkelige Præsens i dette«. Derfor virker ogsaa den forinden indtrufne Død o. s. v. tilintetgjørende.

3) Dog maa den udtrykkelige Gjenkaldelse rettes til Adressaten, »thi ellers er den slet ingen Gjenkaldelse«.

Kritiken af denne Lære er neppe vanskelig. Er Grunden 1 rigtig, er 2 og 3 urigtige. Døden o. s. v. kunde ikke virke tilintetgjørende, thi trods den bestaar Villien i hin Legemliggjørelse, Døden medfører jo ingenlunde en fysisk Tilintetgjørelse af Papiret. Man vilde ikke kunne gjenkalde gyldigt paa anden Maade end ved en Indvirkning paa dette, et Brev eller Telegram altsaa, der indhentede det først afsendte Tilbud, vilde ikke kunne svække dettes Virksomhed, end ikke om det naaede Adressaten længe før selve Tilbudet. 1 og 3 ere uforenelige, thi er 3 rigtig, da er det jo en contradictio in adjecto at tale om »indvortes Tilbagekaldelser«, disse ere jo ikke

---

[1]) l. c. p. 265.

rettede til Modparten, følgelig slet ikke Tilbagekaldelser. Er Grunden 2 rigtig, og dette maa vi paa vort nærværende Stadium, som det fremgaar af det Foregaaende, ubetinget gaa ud fra, vise 1 og 3 sig som aldeles vilkaarlige Undtagelser, der blot gaa ud paa at fingere, at visse Villiesforandringer ikke ere Villiesforandringer. Hvad specielt hin »legemliggjorte Villie« angaar, da er det ikke overflødigt allerede her, eftersom denne Kategori i det Følgende oftere møder os, at fremhæve, at vi i den have en Frase, der, forsaavidt i den kun ses et Billede, efter Omstændighederne kan være ganske oplysende. Men naar den betragtes som angivende Sagens Kjærne, naar den Tanke, at et Stykke af Skyldnerens Villie løsrives fra ham og lægges ned i et Papir, hvor den skal føre en af ham uafhængig Tilværelse, benyttes til retlige Deduktioner, er man inde paa en Vei, der, som Erfaringen viser, kun kan forplumre Sagen. Hin Fordobling af Debitor, som den er en Usandhed, fører videre forfulgt til Sætninger, om hvilke den tidligere omtalte Konsekvents, at kun saadanne Gjenkaldelser, der fysisk tilintetgjøre Tilbudet, kunne være gyldige, giver et lille Begreb. Og hvad opnaar nu Scheurl ved sine partielle Fiktioner? At han ved deres Hjælp endnu ikke er naaet til et Resultat, der muliggjør Handel og Vandel, det indrømmer han selv, et saa kjækt Maal tør han overhovedet ikke sætte sig, men han anmoder Lovgiveren om at gribe ind. Imidlertid angiver han dog endnu til Slutning en Vei, ad hvilken en lille Lettelse for Theoriens ubønhørlige Konsekvents kan opnaas. Forsaavidt nemlig Offerten indeholder en Opfordring til Indgaaelsen af en Kontrakt, til hvis Opfyldelse der fra Adressatens Side udfordres en eller anden Virksomhed, indeholder den tillige Bemyn-

digelsen, Mandatet til at foretage denne[1]). Nu er det rigtignok klart, at ogsaa dette Mandat kun kan binde Offerenten, naar ved dettes Modtagelse hans Bemyndigelsesvillie endnu var tilstede. Imidlertid lærer Romerretten os i l. 15 D. 17—1, at Mandataren skal holdes skadesløs for de Udgifter, han har paadraget sig ved Handlinger, foretagne efter Mandantens Død, forudsat at han har været uvidende om denne. Som bekjendt opløses Mandatet ved Døden, og vi have altsaa her et analogt Forhold. Allerede Koeppen[2]) har gjort opmærksom paa det Uberettigede i her at inddrage den citerede Bestemmelse. Denne taler om et færdigt Mandatsforhold, mod Kontraktsreglerne strider det tilvisse ikke, at der i det oprindelige Forhold aftales en Skadesløsholdelse som den nævnte. Her er derimod et Mandatsforhold endnu slet ikke blevet til, om en Analogi kan der derfor ikke være Tale.

Serafini, der iøvrigt i denne Lære ellers gjentager Scheurl, adskiller sig dog fra ham just paa dette Punkt. Han vil nemlig kun anerkjende saadanne Tilbagekaldelser for gyldige, der naa Oblaten inden Akcepten. Hvorfor kun saadanne? Svaret lyder bogstaveligt: La volonté manifestée dans la proposition doit être considérée comme la volonté actuelle du proposant, tant qu'il ne l'a pas revoquée formellement, c'est à dire tant que la changement de la volonté n'a pas été signalé au destinataire, med andre Ord: skjøndt Villien bevislig ikke mere er tilstede, maa vi dog betragte Sagen, som om den var det. Serafini driver altsaa Fiktionen lidt længere end Scheurl, men iøvrigt er heller ikke han

[1]) l. c. p. 274.
[2]) Paa det citerede Sted p. 322—323.

konsekvent. Offerentens Død o. s. v. lader han indvirke tilintetgjørende, de Tab, Adressaten lider ved i Ukjendskab om denne at træffe Arrangementer, lader han ham beholde. Forundret spørge vi Serafini, hvorfor han ikke ligesaagodt i dette Tilfælde vil »betragte« la proposition som la volonté actuelle.

Windscheid, der som omtalt er Forsvareren af den blandede Theori, indrømmer, at Kontrakten ikke kan komme istand, naar Villien mangler i Akceptøieblikket. Dog skal Oblaten, der i Ukjendskab om den indtrufne Død, Tilbagekaldelse o. s. v. har paadraget sig Udgifter, kunne fordre disse erstattede (negativ Kontraktsinteresse). Offerten indeholder nemlig[1]) foruden Erklæringen at ville kontrahere en Forsikkring, i Kraft af hvilken Offerenten garanterer Modparten Kontraktens Istandkommen med den Virkning, at han, hvis dette alligevel ikke sker, forpligter sig til at erstatte Modpartens Tab. At Windscheid derved har søgt sin Tilflugt i en Fiktion, fremdeles, at han har indført et Synspunkt, der snart ikke hjælper Adressaten, snart giver ham Adgang til over alle Grændser gaaende Krav, interesserer os mindre, derimod nok, at denne Fiktion slet ikke hjælper ud over Vanskeligheden. Sæt at der i Tilbudet laa en Garanti, som omtalt, saa vilde jo heller ikke denne blive virksom, naar ved dens Modtagelse Garantivillien ikke mere var tilstede. Konsekvent maatte der, for at sikkre dette, gribes til en Garantiens Garanti og saaledes in infinitum. Ifald det er tilladt at anskueliggjøre den nævnte Udvei ved et noget plat Billede, saa bestaar den deri, at man bærer sig ad som Manden i Eventyret, der fra Høien triller

---

[1]) l. c. II § 307 Anm. 5.

den ene Ost ned for at hente den anden, idet han forudsætter, at den ikke som sin Forgjænger vil bevæge sig efter Tyngdens Love. Imidlertid ligesaalidt som den anden Ost bliver dispenseret fra Tyngdens, ligesaa lidt vil Windscheids Kontrakt Nr. 2 kunne dispenseres fra Kontraktens Lov.

Regelsberger, der er Hovedrepræsentanten for den i § 8 under I anførte Theori, har, eftersom denne rykker det afgjørende Øieblik længst ud og altsaa i den lange Mellemtid aabner den største Mulighed for Villiesforandringer, ubetinget den vanskeligste Opgave at løse. Følgende Udveie vil han anvise os:

1) Kun den Villiesforandring, der meddeles Oblaten, inden hans Akcept er optagen i Offerentens Bevidsthed, er gyldig.

Dette følger af, at man i Samhandlen maa kunne stole paa hinandens Ord. Denne Grund er i det Væsentlige rigtig. Naar den alligevel ikke har ført Regelsberger ind paa den rette Vei, da ligger dette i, at han igjen søger denne Grunds Grund paa falsk Maade. Han siger: Den Erklærende indbyder umiddelbart en anden Person til paa det i Erklæringen angivne Grundlag at indlade sig med ham i et Retsforhold. »Das aber bedingt eine gewisse Gewähr, dass diese Grundlage so ist, wie sie der andere Theil aus der Erklärung vernünftiger Weise verstehn konnte«. Altsaa det, at Oblaten skal stole paa Erklæringen, har sin Grund i Offerentens Villie eller, da ingen ensidig Villie forpligter, i en Kontrakt, der efter Regelsberger ikke kommer istand, før Akcepten kommer til Offerentens Bevidsthed. Naar nu paa dette Tidspunkt Offerenten har taget den Villie tilbage, at Modparten skal kunne stole paa hans Ord, ere vi lige langt. I

Sammenhæng med. Urigtigheden af den anførte sidste Grund, staar Regelsbergers Anvendelse af den sekundære. Den Regel: Du skal kunne stole paa Din Medkontrahents Ord, maatte naturligst føre til, at Oblaten erhvervede en Ret ved Akcepten, thi i dette Øjeblik er det, at han træder i Forhold til Ordene. Dette vil Regelsberger ikke, Akceptanten skal efter ham finde sig i enhver Gjenkaldelse, der naar ham inden det kritiske Moment. Eftersom dette efter Forfatterens Mening først da foreligger, naar Akcepten optages i Offerentens Bevidsthed, denne Begivenhed atter fuldstændig afhænger af Offerentens vilkaarlige Tykke — han kan jo lade være med at læse det Brev, der melder Akcepten — eftersom altsaa Gjenkaldelsen in infinitum staar ham aaben, bliver det nødvendigt, for at bøde paa Akceptantens uheldige Stilling at gribe til et andet Middel. Her skyder da Regelsberger ind:

2) En stiltiende Garantikontrakt, gaaende ud paa, at Offerenten vil indestaa Oblaten for det negative Tab, denne lider ved Handlinger, foretagne i Tillid til Kontraktens Istandkommen, forudsat at Offerenten hindrer denne ved sin vilkaarlige Undladelse af at optage Akcepten i sin Bevidsthed. Hvad ovenfor er anført mod Windscheid finder sin fulde Anvendelse ogsaa paa denne Garantikontrakt.

3) At de anførte Udveje ikke ere tilstrækkelige, at det t. Ex. ikke er foreneligt med Handlens Tarv, om den Tilbydende skulde kunne gjenkalde et Salgstilbud, som var akcepteret, selv om det skete inden det kritiske Moment, erkjender Regelsberger meget vel. For saadanne Tilfælde griber han til et stiltiende Afkald paa Gjenkaldelse. Heller ikke af dette vover han dog fuldt ud at gjøre Brug. Foruden at have akcepteret skal

Adressaten tillige have foretaget Skridt, der paa bindende Maade involvere en Paabegyndelse af Kontraktens Opfyldelse fra hans Side. Først saa er han sikret mod Gjenkaldelse. Det er klart, at det omtalte Afkald efter Regelsbergers Standpunkt kun da kunde være gyldigt, naar det i det kritiske Moment var baaret af Villien, at det altsaa ikke hjælper det allerringeste.

Endnu stod tilbage at omtale Regelsbergers Inkonsekventser i det Tilfælde, at Offerenten eller Oblaten dø osv. inden det kritiske Moment. Vi antage imidlertid, at en større Udførlighed ikke vil være til nogen Nytte. Det Foregaaende vil være tilstrækkeligt til at vise os, at den nævnte Forfatter i Hovedsagen gaar samme Vej som Windscheid, han søger at bøde paa de af at fordre Villiens Præsens i det kritiske Moment følgende Urimeligheder derved, at han indskyder Hjælpekontrakter, ved hvilke hin begrebsmæssige Fordring med stor Dristighed stiltiende opgives.

Bekker, der iøvrigt staar paa samme Standpunkt som den foregaaende Forfatter, vil ogsaa kun anerkjende den Tilbagekaldelse for gyldig, der er kommen til Oblatens Bevidsthed før det kritiske Moment. «Paa den faktiske nærværende Villie hos den Fraværende kan der ikke ses, naar man overhovedet vil tillade Kontrakter inter absentes, da Visheden om den Fraværendes virkelige Villie selv ikke ved Telegrafens Hjælp lader sig opnaa [1])». Den i Offerten erklærede Villie maa altsaa saa længe gjælde for Offerentens nærværende Villie, indtil — ja, nu skulde

---

[1]) Det erindres af det tidligere Anførte, at nogen Vished om Villien — nærværende, tidligere, tilkommende — overhovedet ingensinde kan opnaas.

man vente, det Modsatte bevises — imidlertid overraskes vi med den Fortsættelse «indtil den ligesaa formelt er tagen tilbage, hvilket ikke kan siges at være sket, saalænge ikke Gjenkaldelsen ligesom selve Tilbudet er kommen til Oblatens Kundskab». Mellem den anførte Præmis og Konklusionen finder ikke nogetsomhelst logisk Forhold Sted. Det er vanskeligt at se, hvad der skulde berettige til at behandle En som Villende, der i retlige Former kan dokumentere sig som Ikke-Villende. En Henvisning til, at enhver Erklæring maa formodes at være Udtrykket for Villien gjør det sikkert ikke. End mindre Paaberaabelsen af Sætningen: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvi, quo colligatum est. Allermindst en Ytring som «die Willenserklärung perpetuirt gleichsam den Willen». Med deslige Vendinger lader Problemer sig ikke løse jf. her hvad der før er bemærket om Scheurls «Verkörperung». Hos Bekker kulminerer, som det latinske Citat viser, den hos samtlige Forfattere[1]) skjult tilstedeværende Misforstaaelse, at det, vi i det kritiske Moment egentlig skulle danne Forpligtelsen af, er den ikke-tilbagekaldte tidligere Villie, der forelaa, da Erklæringen afsendtes. Atter her tør det ikke være overflødigt at gjentage, at denne, hvis Sætningen obligatio consensu contrahitur er rigtig, ikke kan have det Indhold at være forpligtet, at derfor ingensinde en Forpligtelse af den kan dannes.

Endnu have vi tilbage[2]) at omtale Thöl, en Til-

---

[1]) Man vil derfor ikke specielt kunne undre sig over, at Hindenburg l. c. p. 16 kalder det „vilkaarligt“ at lægge Villien i det kritiske Øjeblik til Grund for Forpligtelsen.

[2]) Om Iherings culpa in contrahendo er det Fornødne bemærket i første Afsnit.

hænger af den i § 8 under II. a omtalte Theori, der altsaa forlanger, at Offerentens Villie skal være tilstede i det Øjeblik, Akceptanten erklærer sit Ja. Imod de deraf følgende Ubilligheder vil Thöl[1]) hjælpe Akceptanten, idet han indrømmer denne et Skadeserstatningssøgsmaal, naar han ved en uventet vilkaarlig Tilbagekaldelse har lidt Skade. Dette skal følge af «bona fides». Det vilde ikke have været uheldigt, om Thöl havde erindret, hvad han selv skriver i sin Vexelret p. 635: «Den Rechtswirkungen der Wechselfälschung wird man schwerlig näher kommen durch Berufung auf Treu und Glauben, woraus Alles und daher nichts folgt.» Dette er en meget træffende Bemærkning, som bevarer sin Sandhed saavel for som mod Thöl.

Kan der strides om meget i Kontraktslæren, saa forekommer det os dog, at der bør være Enighed om, at alle de i denne § fremstillede Halvheder, hvor Bruddet paa det opstillede Princip kun daarligt tilsløres ved Fiktionens Hjælp, medens ved dette Brud dog ikke engang for Samhandlen antagelige Resultater opnaas, ikke kan tilfredsstille. Et af To har en Theori, der med aabent Øje for de Urimeligheder, hvortil Fordringen om Villiens Præsens i det afgjørende Øjeblik fører, helt forkaster denne Fordring for at slaa sig til Ro ved, at et Forsæt at kontrahere tidligere var tilstede, næsten mere Krav paa vor Sympathi. Ingen kan nægte Nødvendigheden af, at visse Tilbagekaldelser maa ignoreres, anderledes udtrykt, der maa hvile et Baand paa den, der har afsendt et Tilbud, dette Baand maa have en Aarsag, der vel maa søges i Fortiden. I denne foreligger ikke andet end en ensidig Villie,

---

[1]) l. c. p. 367.

i hvilken altsaa Retsvirkningen maa findes. Det er følgeligt usandt, at Erklæringen først da kan afføde en Virkning, naar den gribes. Sætningen obligatio consensu contrahitur maa forkastes. Hertil synes vi at være trængte hen.

§ 11. Forkastelsen af Sætningen obligatio consensu contrahitur. Forsøget at lade Forpligtelser emanere af en ensidig Villie.

Den i Overskriften betegnede Vej er i det foreliggende Emne i nyere Tid betraadt af Siegel og Koeppen. Om den førstnævnte Forfatter kan det, der tidligere er anført, være tilstrækkeligt. Her beskjæftige vi os udelukkende med Koeppen, særlig fordi han er udførligst. Han ræsonnerer som følger.

Da af den nærværende Opfattelse af Kontraktens Begreb ingen Theori lader sig udlede, som er istand til at tilfredsstille Livets Fordringer, anser Koeppen[1]) det for utvivlsomt, at Romerne maa være gaaede ud fra et andet Begreb, der ikke har givet Vankelmodigheden og Usikkerheden noget Spillerum. Til et saadant fører os ogsaa Forholdets Natur. Indholdet af en obligatorisk Kontrakt danner Løftet om en Ydelse. Offerten indeholder Erklæringen af dette Løfte. Løftet om en Ydelse indeholder Villien at forpligte sig. Derfor maa allerede Løftet i og for sig have obligerende Virkning. Naar de romerske Jurister skjelne mellem pollicitatio og pactum, er deres Mening ikke den, at ved hin Offerten binder, ved denne ikke. Forskjellen bestaar derimod i, at ved

---

[1]) l. c. p. 334.

hin den Lovende abstraherer fra Akcepten, medens han her fordrer denne som en Betingelse. Løftets Forbindtlighed er en Konsekvens af dets Begreb. Den, der lover en Ydelse vil forpligte sig. Derfor maa Offerten ikke først forpligte, naar den akcepteres, men i Erklæringsmomentet affødes den tilsigtede Obligation, dennes «Fuldendelse» er ene betinget af Akceptationen, Oblaten bliver strax creditor conditionalis. Kun ved Kontrakter, ved hvilke tinglige Rettigheder overdrages, eller hvis Hensigt er at liberere, er det anderledes. Disse forudsætte til deres Virksomhed Oblatens Konsens, «weil ihr Zweck eine vermittelnde Wirkung ausschliessen, de ville ikke allerede før Konsensen begrunde en Ret for Oblaten, men direkte give det, der ved dem tilbydes» [1]). Afset herfra vil ellers Offerten være at definere [2]) som Løftet om en Ydelse, fremsat i den Hensigt, at en obligatorisk Kontrakt skal blive til, altsaa i Modsætning til Pollicitationen afhængiggjort af en paafølgende Akceptation. Akcepten har, som enhver anden Betingelse, tilbagevirkende Kraft. Den med Offerten ud i Livet traadte Fordring har iøvrigt ganske Kontraktsobligationens Karakter [3]). Offerentens Død har t. Ex. kun Betydning, forsaavidt den har det i

---

[1]) jf. l. c. p. 351. Det er ikke noget heldigt Forvarsel for Theorien, at den allerede strax i Begyndelsen nødsages til at slaa Kontraktsbegrebet istykker af en Grund, der ingenlunde er slaaende, thi hvorfor skal man indskrænke Villiens Omnipotents, fordi den paa en lettere Maade her kan opnaa sin Hensigt end i andre Tilfælde. Koeppens sande Grund er den, at Romerretten for den tinglige Kontrakts Vedkommende indeholder Afgjørelser, der paa den eklatanteste Maade bevise dens Uskyldighed i den Lære, Koeppen vil paabyrde den.

[2]) l. c. p. 354.

[3]) l. c. p. 357.

selve Kontraktsforholdet. Er det saaledes et Societetsforhold, som man har tilbudt en Anden at indgaa med sig, følger det af de almindelige Regler, at Døden virker tilintetgjørende, dog kun forsaavidt res er integra paa den Tid, Oblaten faar Kundskab om Døden. Ved Tilbud til persona incerta er der det Særlige, at de altid vilkaarligt kunne gjenkaldes, indtil den ubestemte Person er bleven bestemt[1]). Den, der til Ex. ansætter en Fuldmægtig i sin Forretning, binder sig derved betingelsesvis overfor Publikum. Dog staar det i hans Magt, saalænge ingen Trediemand har indladt sig med Fuldmægtigen, at berøve ham Evnen til at forpligte sig. Dog viser sig ogsaa her, at en, om end gjenkaldelig, Forpligtelse er bleven existent, thi Gjenkaldelsen maa, hvis Mandanten alligevel ikke vil være ansvarlig, ske paa en vis Trediemand betryggende Maade. Af Offertens Hensigt at muliggjøre Akcepten følger, at der maa træffes Foranstaltninger til Erklæringens Meddelelse, thi uden en saadan er hin ikke mulig, Meddelelsen er altsaa en conditio juris for Forpligtelsen, specielt en mixta, eftersom kun de første Skridt af Oversendelsen ere afhængige af Offerenten. Med disses Foretagelse «begynder» for den Tilbydende Forpligtelsen[2]), naar Tilbudet har naaet Adressaten har denne dermed erhvervet Fordringen som en defereret. Indtil dette er sket, kan Offerenten standse de Kræfter, der skulle overbringe Tilbudet, ligesom han ogsaa vil kunne hindre Kontraktens Istandkommen ved en Gjenkaldelse, der kommer før eller samtidigt med Tilbudet. Derimod er Offerentens Død osv. betydningsløs, thi Retshandlen var færdig

[1]) l. c. p. 359.
[2]) l. c. p. 365.

med Afsendelsen. Med Hensyn til Akceptationens nærmere Beskaffenhed, da beror den selvfølgeligt ene og alene paa Offerentens Villie. Lader han sig nøje med stiltiende Akcept foreligger denne med enhver Handling, fra hvilken der kan sluttes til Oblatens Villie at gaa ind paa Kontrakten. Skal Akcepten meddeles, bliver altsaa Oversendelsen en conditio juris. For Akceptanten er Stillingen den samme som for Offerenten. «Das Rechtsgeschäft der Akceptation [1]) und damit das Rechtsgeschäft des Vertrages wird demnach schon fertig zu der Zeit und an dem Ort, wo der erste Schritt zur Übermittelung geschehen ist, aber die Rechts verhältnisse, welche es erzeugen soll, sind noch in der Bildung begriffen. Die Verpflichtung des Oblaten hat ihre Entstehung, seine Forderung ihre Vollendung blos angefangen. Tritt die Vollendung durch die Übermittelung ein, so datirt nun durch Rückziehung die Forderung des Oblaten vom ersten Schritt zur Übermittelung der Offerte, und die Forderung des Offerenten vom ersten Schritt zur Übermittelung der Akceptation» [2])

---

[1]) l. c. p. 373.

[2]) Neppe er det overflødigt overfor Udviklinger som den i Texten anførte at gjøre opmærksom paa, at Retsvidenskaben er en praktisk Videnskab. Hvad vil en Dommer sige, der faar følgende Oplysning efter Koeppens Theori: Talen er om Indgaaelsen af et Ægteskab inter absentes. Retsforholdet vil være at bestemme saaledes. Med Afsendelsen af Ægteskabstilbudet „begynder“ Ægteskabet betingelsesvis, det vil sige en Ægtefælles Pligter „begynde“ med at paahvile Afsenderen, med Akceptens Afsendelse „begynder“ Konens Pligter „deres Begyndelse“ og Mandens Pligter „deres Fuldendelse“. Naar Akcepten Manden, dateres hans Forpligtelse som Ægtemand tilbage til Afsendelsen af Tilbudet, hans Rettigheder til Afsendelsen af Akcepten.

Saaledes ser en fra Begrebet: ensidig Forpligtelse rigtignok endda ikke konsekvent konstrueret Theori ud. Paa Grundlag af den Retsregel: den, der vil være forpligtet, er paa Grund af denne sin blotte Villie forpligtet, maa nemlig mange af de i det Foregaaende angivne Regler vise sig som vilkaarlige. For det Første kan det slet ikke indses, hvorfor det skulde være nødvendigt for Forpligtelsen, at Villien overhovedet er erklæret. En Fordring herom er efter Koeppens Begrundelse, der falder sammen med den i § 5 omtalte og gjendrevne [1], uberettiget. Men selv indrømmet, at en Villie for at binde maa være erklæret, saa er hermed jo den yderste Grændse for, hvad der begrebsmæssig fordres, tilstede. Retsvidenskaben maa da renoncere paa overhovedet at give nærmere Regler, thi det om den, der nedskrev en Erklæring, yderligere vilde gjøre sin Forpligtelse afhængig af dens Oversendelse, Akcept, Akceptens Meddelelse osv. er ene og alene et konkret Fortolkningsspørgsmaal. Kun saa meget kan siges, at naar Koeppen har Ret deri, at den, der nedskriver et Kontraktstilbud derved tilsigter Paadragelsen af en betinget Forpligtelse, da maa han ogsaa være retlig forpligtet til at afsende Brevet, eftersom vi har den Retsregel, at et Individ, der er forpligtet under en Betingelse, ikke vilkaarligt maa hindre dennes Indtræden, hvilket sker, naar Brevet tilbageholdes. I det Enkelte kan bemærkes:

1) urigtigt er det, naar Koeppen fra sit Standpunkt lærer, at et Løfte til en persona incerta altid kan til-

---

[1]) Forsaavidt Koeppen støtter sin Lære paa positive Data i Romerretten, kunne vi ikke her beskjæftige os med den, men henvise Læseren til Koeppens Skrift p. 336 og følgende.

bagekaldes, indtil den ubestemte Person er bleven bestemt. Dette er kun sandt, hvis den Erklærende har forbeholdt sig en saadan Gjenkaldelse.

2) urigtig er det fremdeles, at en Gjenkaldelse, der sker samtidig med Tilbudets Modtagelse, altid er virksom, ogsaa dette maa være et Fortolkningsspørgsmaal.

3) end mere urigtigt er det, naar Koeppen først vil lade en Forpligtelse indtræde med Afsendelsen af Tilbudet. Afsendelsen er kun nødvendig for Akceptens Skyld, kun en conditio juris for denne, men ikke for Forpligtelsen, thi Akcepten selv er jo kun en af den Paagjeldende selv vilkaarlig sat Indskrænkning, der meget vel kan tænkes borte (Pollicitatio). Kan man forpligte sig uden Akcept, kan man selvfølgelig ogsaa forpligte sig uden en Afsendelse. Hvilken Rolle denne kommer til at spille, er atter et Fortolkningsspørgsmaal.

4) urigtigt er det endvidere, at Tilbudet altid kan forlanges tilbage, saalænge det ikke er kommet Adressaten ihænde, om dette er tilstedeligt, beror paa Indholdet af den oprindelige Forpligtelsesvillie.

5) urigtigt endeligt, at Akceptantens Forpligtelse først begynder med Akceptens Afsendelse, forsaavidt en saadan er fordret af den Tilbydende. Ganske vist kan denne gjøre sin Forpligtelse afhængig af en Meddelelse fra Medkontrahentens Side, men da iøvrigt Sidstnævntes Forpligtelse alene kan bero paa hans egen Villie, maa han efter Udgangspunktet være forpligtet overhovedet og i det Omfang, i hvilket denne foreligger, og det bliver ogsaa her et Fortolkningsspørgsmaal, om han har villet gjøre sin Forpligtelse afhængig af en Meddelelse, og om han har forbeholdt sig indenfor et vist Omfang at tage sin Forpligtelse tilbage.

Forfatteren nærer det Haab, at det Anførte, hvis det er rigtigt, maa være tilstrækkeligt til at karakterisere, hvor man kommer hen ved at emancipere sig fra den gamle Sætning: obligati oconsensu contrahitur. Dog er der i det Foregaaende vistnok kun givet et meget svagt Billede af en Theori, efter hvilken man strængt taget maa kunne tænke sig ind i Forpligtelser. Man forsøge engang at forfølge den Sætning: naar Du vil, er Du forpligtet, og man vil neppe tage i Betænkning at opgive Læren om den ensidige Paadragelse af Forpligtelser. Ud fra den gribe vi, forladte af alle gode Aander, forgjæves efter det bestemte Punkt, da Forpligtelser egentlig opstaa. Ved Kontrakters Indgaaelse tilsiger den naturlige Retsfølelse, at visse Gjenkaldelser af Tilbudet, nemlig de, der ikke komme til Akceptantens Kundskab, maa ignoreres, at derimod andre absolut maa være gyldige. De i forrige § omtalte Theorier bleve nødte til at anerkjende alle Gjenkaldelser som retsgyldige. For at bøde paa den heraf følgende Urimelighed griber da vor Theori den Kjendsgjerning, at visse Gjenkaldelser skulle være ugyldige, og søger nu Forklaringsgrunden hertil i den tidligere afgivne Villie, der i Kraft af sin egen Omnipotents har lagt retlige Baand paa sig. Hermed er imidlertid Slusen aabnet for en Strøm af Urimeligheder, thi den omnipotente Villie, der altsaa kan afskjære sig fra visse Gjenkaldelser, maa kunne gjøre det med Hensyn til alle. Theorien er nu slaaet om i den modsatte Yderlighed, før kunde vi ikke begrunde, at overhovedet nogen Gjenkaldelse skulde være udelukket fra fuldstændig Gyldighed, nu stiller det sig som gaadefuldt, at visse Gjenkaldelser ere gyldige. Vel er man istand til overhovedet at finde en Forklaring hertil ved at henvise simpelthen til den

Erklærendes Villie, der har forbeholdt sig disse; hvor urigtigt imidlertid det anførte Princip er, viser sig, naar vi spørge, hvilke Gjenkaldelser der ere gyldige, hvilke ikke. Det kunne vi dog forlange af Principet, at det ikke alene forklarer, at Gjenkaldelser men ogsaa hvilke der ere virksomme. Men herpaa giver Erklæringen, til hvilken jeg henvises, mig enten et urigtigt Svar, idet den nøder til at anerkjende en i Mellemtiden indtruffen Død, Umyndiggjørelse o. s. v. som ubetinget irrelevant, da Begivenheder som de nævnte ikke involvere en Tilbagekaldelse af den fix og færdige tidligere afgivne Villie, eller ogsaa slet ingen Veiledning, forsaavidt jeg nemlig i hvert enkelt Tilfælde maa finde Afgjørelsen ved en konkret Fortolkning af den Villie, der laa bagved Erklæringens Afsendelse. Vanskeligt lader sig ved en saadan udfinde, hvorfor just de Gjenkaldelser, der naa Modparten, inden han har akcepteret, ere gyldige, andre ikke. Af de rent egoistiske Formaal, man ved Fremsættelsen af et Tilbud forfølger, lader denne Distinktion sig ikke udlede. Hvilket Motiv skulde der existere til at paalægge sig en vilkaarlig Indskrænkning i Tilbagekaldelsesbeføielsen, ved hvilken man, forsaavidt det isolerede Tilfælde haves for Øie, kun kan tabe, intet vinde? Sæt at den Tilbydende godtgjør, at det ved Afsendelsen af Tilbudet var hans Mening at forbeholde sig en ubegrændset Tilbagetræden, hvad skulde da berettige til at fastholde ham? Til at Theorien, der i denne § er fremstillet, er ubestemt og urigtig, støder altsaa det, at den just paa det Punkt, for hvis Skyld den er besværget frem, viser sig aldeles ufrugtbar. Det Sagte turde være tilstrækkeligt; det er selvfølgeligt, at det Urigtige i at gribe en tidligere Villie som Grundlag for Forpligtelsen maa

vise sig paa saare mange Punkter, exempelvis i Henseende til Retshandlens Sted og Tid. Hvem vilde ikke lade en Kontrakt rammes af en mellem Tilbudets Afgivelse og dets Akcept i Kraft traadt Forbudslov? At Læren om den ensidige Paadragelse af Forpligtelser ved Retshandel overhovedet har kunnet komme frem, ja endog holde sig, uagtet den theoretisk er baseret paa den tidligere omtalte aldeles intetsigende Grund, skyldes formentlig alene den Omstændighed, at man ikke har forsøgt dens konsekvente Gjennemførelse.

Naar den Nød, der har bragt Forfattere til at bryde med en gammel Lov, ad anden Vei afhjælpes, tør det ventes, at ikke Nogen vil fastholde den.

§ 12. Løsningen af Vanskelighederne.

Det Foregaaende fører os egentlig af sig selv til Løsningen. Af § 9, 2, fremgaar Nødvendigheden af i visse Tilfælde at ignorere, at Forpligtelsesvillien ikke er tilstede i det kritiske Moment, hvis man da overhovedet vil anerkjende Retshandlers Afslutning mellem Fraværende for mulig, altsaa af at statuere Forpligtelse trods Ikke-Villie, af foregaaende §, at denne Forpligtelse ikke maa støttes paa en tidligere ensidig Villie. Anderledes udtrykt, naar en Forpligtelse i de nævnte Tilfælde skal opstaa, da kan denne slet ikke bero paa nogen Villie, thi nu have vi slet ingen, tidligere havde vi vel en saadan, men den maa vi ikke benytte, da den er ensidig. Paa dette Punkt gribe vi nu til det i foregaaende Afsnit Vundne. Vi have der set, at der existerer den almindelige objektive Pligt at sørge for, at der bagved den retlige Erklæring staar den ved samme antydede Villie; her bestemme vi nu

nærmere denne Pligt saaledes: Den Erklærende maa ubetinget indestaa for, at der til Erklæringen, saaledes som den i det kritiske Moment fremtræder, korresponderer den Villie, om hvis Existents Tilbudet melder. Alle de Vanskeligheder, der i det Foregaaende havde optaarnet sig, havde ikke deres Grund deri, at man forlangte Villiens Tilstedeværelse i et urigtigt Øieblik, men derimod deri, at man gik ud fra, at uden Villie overhovedet en Forpligtelse var utænkelig. Man har derved opstillet en Fordring med Hensyn til Retshandlers Afslutning mellem Fraværende, der gaar langt ud over, hvad man kan fordre inter præsentes. Det er en umiddelbar Følge af det i første Afsnit Anførte, at en Forpligtelse kan opstaa, uden at nogensinde nogensomhelst Villie at paadrage sig en saadan har været tilstede, det at Tilbudet fra Begyndelsen af var et fuldstændigt urigtigt Udtryk for den Paagjældendes Hensigt, udelukker ikke Forpligtelsen. Det vilde nu dog være i høieste Grad mærkeligt, om den Erklærende paa den ene Side, hvad utvivlsomt staar fast, ubetinget skulde afskjæres fra den Indsigelse, at han ingensinde havde villet kontrahere, paa den anden Side skulde have Lov til at paaberaabe sig, at han nok engang havde havt den Plan, men at hans Villie, da det kom til Stykket, dog manglede. For en saadan Distinktion vil man forgjæves lede efter fornuftige Grunde. Ser man nemlig paa den Lovende, da har hans Forpligtelsesvillie lige lidt i begge Tilfælde været tilstede i det kritiske Øieblik, ser man derimod paa Modtageren af Tilbudet, da har han havt lige megen Grund til at stole paa Ordet, ham maa det være aldeles ligegyldigt, om Kontraktsvillien ingensinde har været tilstede, eller om den engang har været det, men senere er bortfalden, han maa i begge Tilfælde

lige meget kunne gjøre gjældende: var det ingensinde Din Plan at kontrahere, da skulde Du overhovedet have afholdt dig fra Yttringen, var det Din Mening strax at forandre Din Plan, da skulde Du have gjort dette ikke mindre. Jeg har en ubetinget Ret til at stole paa, at den, der mundtligt eller skriftligt møder hos mig med en forpligtende Erklæring, staar ved sit Ord. Saadanne Tilbagekaldelser, om hvilke jeg har været uvidende, ignorerer jeg, ikke fordi Du ensidigt ved Din Villies Omnipotents har givet Afkald paa dem, men fordi de stride mod min Ret til Sandhed, en Ret, som Du ikke vil kunne fornægte uden samtidigt at tilintetgjøre Muligheden af enhver Samhandel. Reglen bliver derfor, at en Forpligtelse opstaar ikke blot, naar Forpligtelsesvillien virkeligt er tilstede i det kritiske Moment, men overalt hvor Modparten maatte tro dette. Urigtigt er det, at det Afgjørende skulde være, om Modparten maa tro, at Villien engang, være sig i Nedskrivnings- eller Afsendelsesøieblikket, har været tilstede. Sætningen obligatio consensu contrahitur er en urokkelig Sandhed, Modtageren kan vide, at Villien at blive forpligtet engang har været tilstede, derfor bliver han dog ikke berettiget, naar han ad andre Veie i Akceptøieblikket har havt Vished om en forandret Beslutning, han kan omvendt vide, at Forpligtelseshensigten i det tidligere Øieblik manglede, derfor kan en Berettigelse alligevel opstaa. I den objektive i Nødvendigheden af at maatte kunne stole paa udvortes Erklæringer grundede Pligt finde vi Principet for Afgjørelsen af alle enkelte Spørgsmaal.

1. Kun saadanne Villiesforandringer, der ere Modparten bekjendte, have retlig Betydning. Tilbagekaldelser, der ikke ere naaede frem inden det kritiske Øieblik, maa

som stridende mod Adressatens Ret til Sandhed ignoreres. Ligesom Afsenderen af et Brev afskjæres fra visse umiddelbare Tilbagekaldelser, saaledes kan han heller ikke være berettiget til paa middelbar Maade at hindre Kontraktens Istandkommen, den, der t. Ex. tilbyder en Ting til Salg, er ikke berettiget til forsætlig at tilintetgjøre den for at hindre Kontraktens Istandkommen. Klart er det imidlertid paa den ene Side, at da Salget ikke endnu er kommen istand, den Agtsomhed, der fordres af en Sælger med Hensyn til Tingen, ikke kan paahvile Afsenderen af Tilbudet, paa den anden Side, at efter vort Princip et saadant Ansvar er muligt. Ligesom et Individ, der nu i dette Øieblik indlader sig i Kontraktsforhold med mig, kan garantere for Begivenheder, der ligge i en Fortid, i hvilken jeg ikke stod i nogetsomhelst Retsforhold til ham, saaledes kan et Individ ogsaa møde ved Brev og i dette overtage Ansvar for tidligere Handlinger. Hvorvidt et Tilbud maa forstaas paa sidstnævnte Maade, er et Fortolkningsspørgsmaal.

2. Den Erklærendes inden det kritiske Moment indtrufne Død. Vi maa her skjelne imellem, om Døden er Modtageren bekjendt eller ikke.

a. I første Fald fører vort Princip til, at ingen Forpligtelse kan blive existent, eftersom døde Folk umuligt kunne have nogen Villie. Dette er ogsaa rigtigt; imidlertid synes enkelte positive Bestemmelser at føre til et modsat Resultat. Disse trænge til en nærmere Forklaring. Sæt at et eller samtlige Bestyrelsesmedlemmer for et Aktieselskab fremsætte et Tilbud, vil det aabenbart være betydningsløst, om det eller de ere døde i Medvirkningsøieblikket, og dette er Modparten bekjendt, medens paa den anden Side Aktieselskabets under samme

Forhold indtrufne Undergang vil hindre Kontraktens Tilbliven. Hvad her er sagt, vil ogsaa finde Anvendelse, hvor et Tilbud er gjort ved et enkelt Medlem af et responsabelt Handelsselskab. Men det er fremdeles Handelsverdenens Anskuelse at betragte et Firma overhovedet som en særegen Retssubjektivitet, hvis Død ikke er identisk med dets Ihændehavers. Naar derfor Kjøbmanden i sin Handelsforretning har fremsat et Tilbud, falder det ikke bort med hans Død, selv om denne var Modtageren bekjendt i det kritiske Moment. Stride de foranstaaende Regler mod vort Princip? Ingenlunde, de ere kun simple Anvendelser af dette. Det Spørgsmaal kan reises, om en lignende Betragtning kan gjøres gjældende udenfor Handelsretten. Sæt exempelvis, at en Landeiendomsbesidder har afsendt et Brev, sigtende til at indgaa en Kontrakt, ved hvilken Høstfolk skal skaffes tilstede. Gaar det her an at skjelne mellem Eiendommen som saadan med dens særegne Fornødenheder, forskjellige fra den øieblikkelige Besidders og derfor kun midlertidigt varetagne af denne, men iøvrigt, da de vedvare ud over hans Død, ogsaa uafhængige af denne Begivenhed, ganske paa samme Maade som der skjelnes mellem Handelsforretningen og dets Ihændehavers Person? Heraf vilde da konsekvent følge, at Modtageren af Tilbudet, naar han i Mellemtiden havde faaet Underretning om Eiendommens Undergang, vilde være uberettiget til en Akcept; Besidderens Forhold vilde i dobbelt Forstand være irrelevante, han kunde være død, og Forpligtelsen dog komme istand, han kunde leve, og Forpligtelsen alligevel ikke blive existent. Fra et rent individualistisk Synspunkt, efter hvilket altsaa Eiendommen kun kan betragtes som et rent Objekt for Besidderens Raadighedshandlinger, maa der øie-

blikkeligt gives et benægtende Svar. Nu er vel en Opfattelse af Eiendomsretsbegrebet som den nævnte ensidig, men den modsatte Betragtning, efter hvilken samtlige Tingsrettens Normer udledes ikke af den Berettigedes Villie, men af den Eiendommen tilkommende Bestemmelse paa den bedst mulige Maade at tjene til Fornødenhedernes Tilfredsstillelse, hvorefter da Besidderens Raadighedshandlinger kun forsaavidt ere gyldige, som de ere fornuftige, men da ogsaa have en af ham uafhængig Tilværelse, ligesaa ensidig [1]). Mellem de to nævnte Poler, mellem hvilke Tingsretten til evige Tider vil svinge, ligger en saadan Uendelighed af Nuancer, at det Punkt, hvor Besidderen ophører at være i egentlig Forstand Eier, og kun kan betragtes som en juridisk Persons, den faste

---

[1]) Til de to i Texten anførte Ensidigheder svarer under en vis Forudsætning Definitionen af Rettigheden overhovedet paa den ene Side som retlig beskyttet Villiesmagt paa den anden Side som retsbeskyttet Interesse (Ihering) eller som retsbeskyttet sædeligt Gode (Goos). Forsaavidt der ved de sidstnævnte nyere Bestemmelser skal udsiges noget om Rettighedens Væsen, gives der ved dem formentlig enten en urigtig eller ogsaa ingen Veiledning. Da Villien som saadan i et vist Omfang tages i Beskyttelse ogsaa der, hvor dens Indhold er ondt eller strider mod den Paagjældendes egen Interesse, vilde man ligesaa godt kunne bestemme en Rettighed som et retsbeskyttet sædeligt Onde. Herimod vil man naturligvis indvende, at Villien i og for sig er et Gode, dette er rigtigt, men der mangler da i Definitionen en Angivelse af, i hvilket Omfang dette er Tilfældet. Fremskridtet i Bestemmelsen af Rettighedens Væsen bestaar derfor kun deri, at man istedetfor en tidligere, der gav en urigtig Veiledning, har sat en anden, som slet ingen giver. Ligesom imidlertid dette negative Resultat i og for sig kan være en virkelig Vinding, saaledes er det selvfølgelig ikke vor Mening med det Sagte at ville nægte det Fremskridt i Bestemmelsen af Rettighedens Begreb, der skyldes de tvende nævnte Forfattere.

Eiendoms Bestyrer, umuligt lader sig angive. Vi kalde nutildags Bonden Eier, som dog i den nulevende og tilkommende Slægters Interesse paa de mangfoldigste Maader er indskrænket i sin Raadighed. Sæt at nu Fremtiden paalægger ham flere og flere Indskrænkninger — Nutidens Tendents gaar i den Retning — foreskriver ham intensivere, end det nu sker, at dyrke sin Ager paa en vis Maade, sælge sine Produkter paa en vis Maade, ikke disponere over Jorden, men efterlade den i uskadt Stand til sin Slægt, naar kommer det Øieblik, da vi ville sige, at Bonden har ophørt at være Eier, at Eiendommen er en juridisk Person, naar er Formaalet med denne at tjene nu og efterlevende Slægter i den Grad løftet op over Individet og hans Frihed, at han synker ned til at blive et blot Led i en stor Kjede? Ingen vil her formaa at angive en skarp Grændse. I Stamhuset se vi en juridisk Person, Forskjellen mellem dette og Bondegaarden er naturligvis kun relativ. Den foranstaaende Digression er neppe overflødig, thi, for at vende tilbage til Spørgsmaalet, om vi end anse dets benægtende Besvarelse for den rigtige Afgjørelse, at altsaa Bondens Tilbud ubetinget maa falde sammen med hans Modparten bekjendte Død, er den Mulighed dog altid tilstede, at modsatte Afgjørelser i Love eller Domme skulde kunne paavises. Skulde nu Nogen virkelig være istand til at fremdrage saadanne, viser det Foranstaaende, at hermed Urigtigheden af vor Theori ingenlunde vil være godtgjort. En klar Modsætning til de tidligere anførte Tilfælde danne de, hvor en helt individuel Fornødenhed søges tilfredsstillet ved Hjælp af Tilbudet. Naar Nogen exempelvis bestiller en Række Tænder, en Frakke, et Træben er efter vort Princip Tandlægen, Skrædderen, Bandagisten

uberettigede til under Forudsætning af, at Rekvirentens Død i Modtagelsesøieblikket var dem bekjendt, at sende Arvingerne Tænderne, Frakken eller Træbenet.

b. Kjender Adressaten ikke den indtrufne Død kommer Forpligtelsen istand. Der indtræder her den Situation, som vi kjende fra første Afsnit. Ses der paa Modtageren, da synes han at have et ubetinget Krav paa at erhverve Rettigheder, ses der paa Afsenderen, synes det ubilligt at paabyrde ham Ansvar, eftersom det, at han er død i det kritiske Moment, dog er meget undskyldeligt. Hvorledes Afgjørelsen i dette Dilemma skal ske, kan efter det i første Afsnit Anførte ikke være tvivlsomt.

3. Lige Virkning med Død vil en Fallit og Umyndiggjørelse have Naar den, der fremsætter Tilbudet, er et Firma eller en anden juridisk Person, vil under Forudsætning af dettes Modparten bekjendte Fallit ingen Kontrakt opstaa, ikke heller Eiendomsretten over tilsendte Varer gaa over paa Modtageren.

§ 13. Resultaterne[1].

Paa Grundlag af hele den foregaaende Udvikling opstiller Forfatteren altsaa følgende Theser.

1. Ingen kan ensidig forpligte sig. En Forpligtelse kan først opstaa, forsaavidt og i det Sekund en Medvirkning fra Andres Side træder til.

---

[1]) Sammenlign hermed Aagesen i Indbydelsesskriftet af 1872 p. 29—31. De Resultater, der findes paa det citerede Sted, ere, afset fra en forskjellig Formulering, saavidt skjønnes overensstemmende med de i Texten anførte.

2. Denne maa bestaa i en potentiel eller aktuel Optagelse af Erklæringen i den Medvirkendes Bevidsthed; det første er kun da tilstrækkeligt, forsaavidt Lovgiveren udtrykkeligt har bestemt det.

3. Medvirkningen maa udgaa fra den, der skal berettiges, eller hans Fuldmægtig. Undtagelsesvis, nemlig hvor dette er umuligt, er efter den gjældende Ret en Medvirkning fra det Offentliges Side tilstækkelig.

4. I det Sekund, da Medvirkningen indtræder og Forpligtelsen opstaar, skal Forpligtelsesvillien være præsent.

5. Dog kommer det ikke an paa den virkelige Præsens, men derpaa, at Medkontrahenten efter samtlige foreliggende Omstændigheder maatte tro paa den [1]).

§ 14. Speciel Anvendelse af de vundne Grundsætninger paa Retshandlers Afslutning ved Fuldmægtig.

Vi have i det Foregaaende set, at den Villie, der foreligger i det Øieblik, et Brev eller en nuntius sendes

---

[1]) Da Tilbudet, som kort iforveien sagt, ikke skylder et vilkaarligt Lune sin Tilblivelse, maa Medkontrahenten, der modtager det, nære denne Tro, saalænge ingen Data tyde i modsat Retning. Det vilde være en Misforstaaelse, om man vilde opfatte det i Texten Anførte paa den Maade, at Akceptanten skal tro, at den Tilbydende virkeligt i det kritiske Øieblik tænker paa Forpligtelsen. Var det rigtigt, vilde Følgen være, at man ikke vilde kunne akceptere Offerter, som man t. Ex. modtog om Natten, altsaa paa et Tidspunkt, da det er troligt, sandsynligt eller endog sikkert og Akceptanten bekjendt, at Modparten sov. Det er klart, at man godt kan ville Noget i et bestemt Øieblik, uden i dette at offre nogensomhelst Tanke derpaa, jf. hvad der i Besiddelsesmaterien læres om animus domini.

afsted i retlig Henseende, er ligesaa irrelevant, som den mulige Hensigt at afslutte fremtidige Retshandler, i hvilken en Person sætter sig i en Jernbanevogn. Er det anderledes, naar en Fuldmægtig afsendes, bliver nu Villien i Bemyndigelsesøieblikket den afgjørende? Utvivlsomt ikke; naar vi alligevel dvæle ved det reiste Spørgsmaal, da sker dette ikke, fordi vi have tænkt os Indvendinger fremsatte paa dette Punkt, endskjøndt modsatte Synspunkter ere blevne gjorte gjældende i den nyeste danske Litteratur[1]), men fordi vi i det Følgende skulle

---

[1]) Vi sigte her til Deuntzer: Om Fuldmagt. Som det fremgaar af p. 24, p. 32, p. 51, p. 56 opstiller nævnte ærede Forfatter den Lære, at den, der bemyndiger en Anden til at afslutte en Retshandel i sit Navn, derved paatager sig en betinget Forpligtelse, hvilket jo maa forudsætte Muligheden af ensidige Forpligtelser. Naar Deuntzer ikke selv er kommen til at se det formentlig Urigtige i dette Synspunkt, ligger Grunden deri, at han, saavidt vi kunne se, ikke selv drager Konsekventserne af sin egen Lære. Til disse hører der klarligen, at Fuldmagten i og for sig maatte staa aldeles uafhængig af Mandanten senere rammende Omstændigheder, hans Død, Umyndiggjørelse maatte være absolut ligegyldig, en Tilbagekaldelse fra hans Side kun da kunne finde Sted, naar den udtrykkeligt var forbeholden; en Forbudslov maatte ikke kunne faa Virkning overfor Personer, der engang i en fjern Fortid havde bemyndiget Andre til paa deres Vegne at kontrahere de nu forbudne Retshandler o. s. v. Sine enkelte Afgjørelser henter Deuntzer andenstedsfra end fra sit Princip. Visse Gjenkaldelser skulle være gyldige. Deuntzers Grund p. 31 og 32 herfor, at „Trediemand endnu ikke har erhvervet nogen Ret“, er neppe holdbar, thi efter Forf. selv har han jo erhvervet en betinget Ret. Andre derimod ikke — p. 32. Hvilke der høre til første, hvilke til anden Klasse, derfor vilde Deuntzer ikke have noget andet Svar end hin tidligere omtalte ufrugtbare Henvisning til, hvilke Skranker Villien selv har sat sig. I visse Tilfælde vil Deuntzer lade Mandantens Død ophæve Bemyndigelsen. Den derfor S. 57 anførte Grund, at

gjøre umiddelbar Brug af Fuldmagtsreglerne. At ville opstille forskjellige Regler om Breve og nuntius paa den ene og Fuldmagt paa den anden Side vilde savne enhver Grund. En nærmere Undersøgelse af Begreberne viser dette. I Almindelighed bestemmes nuntius som en Person, der overbringer en fremmed Villieserklæring, Fuldmægtigen i Modsætning hertil som den, der ikke erklærer en fremmed, men sin egen Villie [1]. Denne Bestemmelse er ikke rigtig, var den det, kunde Mandanten aldrig blive forpligtet ved den af Fuldmægtigen i hans Navn indgaaede Retshandel, medens Fuldmægtigen ikke blev dette. Thøls Polemik [2]) mod Fuldmagtsbegrebet ligesom den er forklarlig, naar den tidligere Definition haves for Øie, er ogsaa uigjendrivelig, Mandantens For-

---

Retshandlen faar Betydning for andre Subjekter, er dels ikke ganske korrekt, dels ikke bevisende. Formentlig drager Deuntzer egentlig kun én Konsekvents af sin Theori, nemlig den, at en Fuldmagt kan være absolut uigjenkaldelig. Herom gjælder imidlertid vistnok, hvad Evaldsen udtaler i Læren om Fuldmagt p. 167, at en Mandant altid kan gjenkalde sin Fuldmagt, hvilket Deuntzer selv implicite indrømmer, naar han p. 59 udtaler: „at give en Fuldmagt til efter Mandantens Død at handle i hans Navn er ganske vist en Modsigelse". Denne ligger nemlig just deri, at Fuldmagten gaar ud paa i det senere indtrædende kritiske Moment at erklære Mandantens Villie som præsent, hvilket den umuligt kan være, naar han er død, men selvfølgelig heller ikke, naar han staar ved Siden af Fuldmægtigen og forsikkrer Trediemand, at han slet ikke har den Villie at indlade sig med ham. Umuligt kunde Deuntzer fra sit Standpunkt se en Modsigelse i den nævnte Fuldmagt, thi der er tilvisse intet modsigende i at erklære d. 2. Febr. om et Menneske, der er død d. 1., at han d. 1. Jan. har havt en retstiftende Villie.

[1]) Jf. Windscheid Pandekten, I, § 73 p. 170.

[2]) Thøl l. c. § 25.

pligtelse maatte støttes paa, at Fuldmægtigens Villie var hans Villie, men dette er en Umulighed. Imidlertid, hvorledes man end tænker sig Fuldmagtens Omfang, Et maa dog altid finde Sted, nemlig at Mandataren overfor Trediemand erklærer: jeg er A's Fuldmægtig, dette vil atter sige, A erklærer gjennem mig, at han vil være bunden ved alle Kontrakter, ved Kjøb, ved Kjøb af en blandt flere Heste, af en bestemt Hest o. s. v. Med andre Ord en Villieserklæring, med Hensyn til hvilken Fuldmægtigen ikke udfolder anden Virksomhed end den rent mekaniske at gjengive en Erklæring, maa overalt foreligge. Selvfølgeligt bestaar det Karakteristiske for den mekaniske Gjengivelse ikke deri, at en ordret Reproduktion af en forpligtende Erklæring finder Sted. Naar Husbonden siger til sin Karl: Jeg har idag talt med B om at kjøbe hans Vogn, gaa hen og sig til ham, at jeg nu har betænkt mig og siger Ja, Karlen nu begiver sig til B og til denne udtaler: Jeg skulde hilse fra Husbond, at han har betænkt sig og siger Ja, er den Virksomhed, han har udfoldet, en nuntii; men han ophører ingenlunde med at være nuntius, fordi han benytter andre Vendinger: Jeg skal hilse fra Husbond, at han vil kjøbe Vognen, at han slaar til o. s. v. I juridisk Forstand altsaa have vi Tilfælde, hvor Mellemmanden alene udfolder en mekanisk Virksomhed (nuntius), og Tilfælde, hvor han udfolder en mekanisk + en fri Virksomhed (Fuldmagt), derimod ikke Tilfælde, hvor udelukkende en fri Handlen foreligger. Som Evaldsen udtrykker det[1]), men med en formentlig ikke berettiget Restriktion, er Mandantens Erklæring en

---

[1]) l. c. p. 13.

Blanket, er denne helt udfyldt, have vi at gjøre med nuntius, ellers med Fuldmægtig, men helt uden Indhold kan Blanketten ikke være, en abstrakt Forpligtelsesvillie maa den idetmindste indeholde, enhver Fuldmægtig maa tillige være nuntius. Er denne Opfattelse rigtig, vil det Urimelige i at skjelne mellem Brev og nuntius paa den ene og Fuldmagt paa den anden Side end yderligere være indlysende. Bagved hin af Fuldmægtigen overbragte Forpligtelseserklæring maa i det kritiske Moment Mandantens Villie staa, er han død eller har han forandret sin Villie, maa den almindelige Mening konsekvent komme til at nægte enhver Forpligtelse, efter vor i de forrige §'er fremstillede Theori ville disse Begivenheder kun da absolut udelukke et Retsforholds Istandkommen, naar de ere eller burde være Modparten bekjendte. Inden vi forlade denne § skal endnu bemærkes, at i den i første Afsnit fremstillede og i § 12 nærmere bestemte objektive Pligt at indestaa for sine Yttringers Sandhed den eneste Forklaringsgrund kan findes til, at Mandanten bindes ved en Retshandel, der vel indeholder en Overtrædelse af den Fuldmægtigen givne Instrux og altsaa er mod hans Villie, men som dog holder sig indenfor den Trediemand bekjendte Erklærings Grændser. Naar man her har statueret en dobbelt Villie hos Mandanten [1], den ene gaaende ud paa, exempelvis jeg vil kun give 100 Rdlr. for Hesten, altsaa j e g v i l i k k e k j ø b e H e s t e n f o r 1 5 0 R d l r., den anden, forudsat at Bemyndigelseser-

---

[1]) Jf. Laband i Zeitschr. f. Handelsr. X, en særegen Mandats- og en særegen Fuldmagtsvillie og Deuntzers Gjendrivelse af denne Opfattelse l. c. p. 77.

klæringen berettiger til ethvert Kjøb, jeg vil give 150 Rdlr. for Hesten, da er denne Fordring til Villien, at den skal sætte sig ud over Identitetssætningen A = A, for paa den Maade at give os Forklaringen til de indtrædende Retsvirkninger, saa karakteristisk, at vi ikke have kunnet afholde os fra at omtale den.

Tredie Afsnit.

Ihændehaverpapirets retlige Konstruktion[1].

§ 15. Orienterende Bemærkninger.

Det er almindelig bekjendt, hvilken Betydning i Nutidens Omsætning Ihændehaverpapiret har faaet. Selvfølgeligt maa vi under dette ikke alene tænke paa Dokumenter, der konstatere Udstederens Forpligtelse til at betale Penge, men ogsaa t. Ex. paa Bade-, Spise-, Theater- og Jernbanebilletter. Hvilke ejendommelige Regler der gjælde for det nævnte Institut, derom er der ingenlunde Enighed. Visse Sætninger kunne rigtignok vel i alle europæiske Lande anses som slaaede fast ved Lovgiveren eller Praxis. At saaledes i nogle Tilfælde Ihændehaveren

---

[1]) Den væsentlige Litteratur: Renaud Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 14. Thøl Handelsrecht, Bd. I, §§ 54 a til g § 56 a, Bd. II, §§ 232, 233, 257, 261. Unger, Die Lehre von den Inhaberpapieren. Kunze, von Inhaberpapieren. Bekker, Jahrb. des gem. Rechts, Bd. I. Hoffmann, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 12. Einert, Das Wechselrecht. Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, §§ 63—70. Gerber, Deutsches Privatrecht, 10 Udg. § 161. Volkmar og Loewy i Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. II. Binding sammesteds Bd. X. v. Grøning, Archiv f. civilistische Praxis, Bd. 44 og 45. Siegel i det tidligere citerede Skrift Side 108 ff. Gram, den danske Formueret 2 Del 1 Bind p. 293 og 302.

vil være berettiget til at gjøre den ved Papiret konstaterede Fordring gjældende, uagtet han har erhvervet dette fra en Person, der ikke selv var berettiget, at omvendt i disse Tilfælde den tidligere Kreditor taber sin Ret mod sin Villie, at Præsentanten af Papiret vil kunne afvise ialfald visse Indsigelser, der tilkomme Debitor overfor tidligere Berettigede — det er Noget, man ikke vil kunne nægte uden at sætte sig i Strid med den gjældende Ret. Hvilke imidlertid de Personer ere der have en fra deres Formænd uafhængig Stilling, hvilke Indsigelser, naar vi nærmere gaa i Detail, disse kunne fordre holdte ude, om et Ihændehaverpapir, der fra første Færd paa ulovlig Maade mod Udstederens Villie er kommen ind i Omsætningen, overhovedet kan blive Grundlag for nogen Berettigelse, om enhver Besidder ogsaa Tyven erhverver Rettigheder, hvilket Forholdet mellem Fordring og Papir er, om man kan være Eier af dette og dog ikke Kreditor eller omvendt Kreditor og dog ikke dets Eier, om Ihændehaverpapiret, forsaavidt det er tabt, kan mortificeres, om det er Private tilladt uden Statens Samtykke at benytte den titnævnte Obligationsform o. s. v. er lutter Spørgsmaal, der, forsaavidt som de ikke undtagelsesvis positivt ere afgjorte, maa henstaa uløste, indtil det er lykkedes os at konstruere Ihændehaverpapiret. I sin historiske Skikkelse byder Retsvidenskaben os et bestemt Antal Begreber, der gjøre Krav paa i deres Sammensætning eller enkeltvis at indeholde Løsningen til alle de Tilfælde, der kunne komme frem. Til hint Arsenal maa vi gribe, hvis vi ikke ville staa fuldstændig blanke overalt, hvor Lovgivningen forlader os. Den Virksomhed, ved Hjælp af hvilken man søger at komme til Erkjendelse af de Grundbestanddele eller Begreber, hvoraf et Retsinstitut

dannes, er det, man har kaldt dettes Konstruktion. Forsaavidt nu en saadan er vor Opgave med Hensyn til Ihændehaverpapiret, holder Forfatteren sig vel overbevist om, at enhver Læser allerede her indser dens theoretiske og praktiske Betydning. Hvor udførligt man end vil tænke sig Lovgiveren gribe normerende ind, udtømmende kan han dog aldrig være. Specielt i dansk Ret have vi ingenlunde udførlige Bestemmelser. Imidlertid er det Sagte dog endnu langtfra tilstrækkeligt til fuldkomment at bibringe en Forestilling om den i Overskriften til Afsnittet antydede Opgaves Vigtighed. Man tillade Forf. her at tydeliggjøre sin Mening ved et Billede, der iøvrigt i sin Grundtanke ikke kan gjøre Krav paa Originalitet[1]). Som Retsvidenskaben indeholder Fortegnelsen af de Grundbegreber, af hvilke Retslivet er sammensat, saaledes Kemien af de Grundstoffer, der i deres Kombination danne Naturen. Sæt at der nu findes en Gjenstand, hvis Analyse ikke lykkes Kemien, da er dette ganske vist en Ulempe, men Videnskaben kan dog slaa sig til Ro ved sin Tro paa, at ogsaa denne Ting maa være en Sammensætning af de kjendte Stoffer, iøvrigt roligt afventende den Tid, da bedre Instrumenter muliggjøre en Løsning, foreløbig indskrænkende sig til at angive den i sit Væsen ukjendte Gjenstands ydre Egenskaber, ganske paa samme Maade som vi under den tilsvarende Forudsætning maa opregne de om Ihændehaverpapiret positivt gjældende Normer, og hvor saadanne mangle, maa lade Forholdet henstaa uafgjort. Helt anderledes forholder Sagen sig derimod, naar Kemien

---

[1]) Jf. Iherings Afhandling om den juridiske Analyse i hans „Geist des röm. Rechts“, 2. Del, 2. Afd., § 39.

fuldstændig eller partielt er istand til at analysere Tingen, men herved kommer til det Resultat, at den er sammensat af Grundstoffer, der efter hvad der hidindtil er lært om disse, umuligt kunne give den Ting, der foreligger. Her er Videnskaben udæsket i en ganske anden Grad, hele den tidligere Lærebygning, der hvilede paa den forudsatte Egenskab hos Grundstofferne, truer med at styrte sammen. Følgerne af denne enkelte Analyse ere uforudselige. Talen er ikke længere om et enkelt Punkt, som ikke er erkjendt, men om et muligvis stort Omraade, som er urigtig erkjendt. Saaledes forholder nu just Sagen sig med Ihændehaverpapiret, den retlige Analyse af dette er ingenlunde fuldstændig afskaaren. Ialfald foreløbigt vil Læseren indrømme, at den, der optræder med et Krav efter et saadant fremsætter en obligatorisk Fordring. Men er vor Analyse saa langt rigtig, vide vi endvidere, at denne Fordring maa hvile paa Kontrakt eller Kvasikontrakt. Om det sidste kan der ikke være Tale, altsaa Præsentanten fremsætter et kontraktmæssigt Krav. Dette vil atter sige, at Fordringen maa have sin Hjemmel deri, at Debitor har villet paadrage sig den til samme svarende Forpligtelse, hvilken Villie han engang i Tiden maa have erklæret, hvorhos samme i Overensstemmelse med det i foregaaende Afsnit Udviklede, maa være bleven greben enten af den nærværende eller af en tidligere Kreditor eller af en Trediemand. I det Følgende maa vi forsøge alle Udveje, men anteciperende kan dog siges, at, hvilken Vej man end betræder, synes de om Ihændehaverpapiret gjældende Regler ikke at kunne følge af vore Præmisser. Exempelvis naar vi antage, at der er bleven en Kontrakt til med en Formand, saa er det jo nødvendigt, for at Præsentanten overhovedet kan optræde med Krav, at han

gjør gjældende, at hin ved Kontrakten erhvervede Ret er gaaet over paa ham, men da er det en klar Følge af den logiske Grundsætning: af Intet kan Intet blive, at Retten i Eftermandens Haand ikke kan faa en anden Skikkelse end i Formandens. En Fordring paa 100 Rd. kan umuligt ved at flyttes over paa en Anden blive til 200 Rd. Dog møder os dette besynderlige Faktum ved vort Institut [1]). Det Antydede maa være nok til at lade os indse, at i Striden om Ihændehaverpapirets Konstruktion Obligationsrettens Grundbegreb Kontrakten er engageret, virkelig er det ogsaa just her, at denne har maattet lide den første Anfægtelse. I den nævnte Omstændighed ligger paa engang Forklaringsgrunden til og tillige For-

---

[1]) Dette, at Eftermanden overfor Debitor kommer til at indtage en anden Stilling end Formanden, er fremfor Alt det Punkt, der trænger til Forklaring. Da den samme Ejendommelighed indtræder ved Ordrepapiret, frembyder dette altsaa den lige Vanskelighed. Naar Forf. ikke i den følgende Undersøgelse har taget dette med, ligger Grunden væsentligt i stilistiske Hensyn. Hvor vi nævne Ihændehaverpapiret vil man i Reglen kunne sætte Ordrepapiret istedetfor. Litteraturen er hentet fra begge Omraader, eftersom den passede ind i Udviklingen. Naar Deuntzer i Læren om Fuldm. p. 157 ff. ved at omtale Vexlen, udtrykker den efter F. 9. Febr. 1798 utvivlsomme Sætning, at Erhververen af et Gjældsbevis kan fordre visse Debitor mod Formanden tilkommende Indsigelser holdte ude, paa den Maade, at efter dansk Ret „den egentlige Cession er anerkjendt", da tro vi ikke, at denne Formulering er berettiget. Om Lovgivningen vil have Overgangen fra Person til Person betragtet som Cession, vide vi intetstedsfra. Uden nærmere Forklaring synes endog dette Begreb helt uantageligt, thi hvorledes kan man tænke sig en Fordring „afstaaet" paa den Maade, at den ved Afstaaelsen bliver til noget helt andet end den var. Kan en Ko ved at „afstaaes" blive til en Hest? Det tilsyneladende Urimelige heri for-

svaret for Litteraturens uhyre Omfang, ligesom for, at vi overhovedet og just i denne Afhandling yderligere tør vove at forøge denne. Saalænge Obligationsrettens fundamentaleste Sætning ikke er slaaet fast, kan overhovedet Intet opbygges. Ved at tage dette i Betænkning blive vi ogsaa forsonligere stemte overfor de mærkværdige Forsøg, vi ville træffe paa. Vistnok vil Ingen, der kjender blot Noget til Litteraturen, nægte, at der i denne er skjult de største Unaturligheder, de mest utilslørede Fiktioner. Det Følgende vil frembyde Lejlighed til at forvisse sig herom, her er det godt, at vi stille klart for os, at den Tendents, der føder Fiktionen, er prisværdig, at det derfor vilde være meget uberettiget at trække paa Smilebaandet af den, om den end undertiden optræder i en noget kejtet Form. Fiktionens relative Berettigelse beror paa den Tanke, der er udtrykt i Talemaaden, at man ikke skal kaste det smudsige Vand bort, før man har det rene. Ifald der i Anskuelighedens Interesse igjen maa vendes tilbage til Naturvidenskaben, kunne vi henvise til Astronomien. Før Kopernikus hvilede hele denne

---

svinder ingenlunde derved, at man sætter Ordet „egentlig“ foran. Vi benytte her Lejligheden til at henvise Læseren til Deuntzers Udvikling om Kausalæren p. 149 og ff. (hvor dog p. 151 øverst formentlig er indløbet en Urigtighed med Hensyn til Bevisbyrdens Fordeling). Forsaavidt nemlig Forfattere have villet finde Løsningen af vort Problem i den Omstændighed, at vi i Ihændehaverpapiret have et fra sin causa løsrevet Løfte, forbigaas de aldeles i det Følgende, eftersom vi, Rigtigheden indrømmet, ere fuldstændig ude af Stand til at se, hvorledes det Faktum, at A har en paa en vis Maade kvalificeret Fordring, kan indeholde nogensomhelst Forklaring til, at B ved dennes Overdragelse faar en helt anden.

Videnskab paa den Fiktion, at Solen bevægede sig om Jorden, alligevel var man istand til at beregne mange af Himlens Fænomener. Den, der tidligere i Erkjendelse af, at et enkelt Fænomen ud fra Systemet ikke kunde finde nogen Løsning, var optraadt med en simpel Paastand om dettes Urigtighed, vilde ikke have fundet villige Øren. Skulle vi, fordi Kontraktsbegrebet, der i Tusinder af Tilfælde har givet os en rigtig Løsning, i en enkelt bestemt Retning viser sig utilstrækkeligt, simpelthen forkaste det og dermed lade hine Tusinder af Tilfælde henstaa uafgjorte? Aabenbart ere vi bedre tjente med at redde Begrebet ud over det Skjær, der stiller sig ivejen, selv om dette kun lader sig opnaa ved at gjøre Vold paa de virkelige Forhold. De Forfattere, der have gjort dette, staa i Grundighed ikke tilbage for dem, der simpelthen hugge Knuden over ved Forkastelsen af Kontraktsbegrebet der, hvor det generer, men uden i fjerneste Maade at give Erstatning for alt det, de nedrive.

Herefter gaa vi over til en Fremstilling og Kritik af de fremsatte Anskuelser. Det bemærkes, at det har ligget aldeles udenfor vor Opgave at være udtømmende. Et fuldstændigt Referat af, hvad der er blevet sagt, vilde komme til at vrimle af Gjentagelser, og da der foreligger særdeles mange Forsøg, i hvilke man formentlig ikke engang kan spore nogen bevidst eller ubevidst Forstaaelse af Vanskelighederne, savne dogmatisk Interesse. Derimod har det nok ligget i Forf.s Plan nøjagtigt at angive Hovedretningerne. Trangen til en Oversigt over Litteraturen har iøvrigt allerede ført til flere Sammenstillinger. Om de Synspunkters Frugtbarhed, der ere blevne lagte til Grund for Inddelingen af Theorierne, har

Forfatteren ikke kunnet overtyde sig[1]). Den formentlig naturlige Vej er følgende. Vi erindre, at Hovedinteressen hviler paa det Spørgsmaal: hvorvidt ere de ved Ihændehaverpapiret utvivlsomt gjældende Sætninger forenelige med de nedarvede Begreber. Herefter falde samtlige Forfattere i to Hovedgrupper, dem, der svare Ja og dem, der svare Nej paa Spørgmaalet. En lignende Tanke ligger rimeligvis bag ved Bekkers Inddeling i romanistiske og germanistiske Theorier. Men i Gjennemførelsen maa vi fuldstændig adskille os fra den nævnte Forfatter. Det Følgende vil vise, at Theoretikere som oftest tro sig fuldstændig emanciperede fra nedarvede Forestillinger — saaledes just Bekker selv —, medens Sandheden er den, at de ere flygtede ind under et andet meget gammelt Begreb. Den Gruppe, der i Virkeligheden bryder med det Givne, er overordentlig lille. Den første Gruppe falder i 4 Underafdelinger, fra den ene Positions Uholdbarhed føres vi, som det vil vise sig, ad hel naturlig Vei til den næste. Vi begynde med det simpleste Forsøg, der lader den ved Ihændehaverpapiret konstaterede Fordring blive til som enhver anden Fordring ved Forhandling mellem Debitor og den oprindelige Kreditor, for saa fra denne at bevæge sig ligeledes fuldstændig i Overensstemmelse med den almindelige Regel ned til de følgende Berettigede (Cessionssynspunktet).

---

[1]) Kunze skjelner mellem publicistiske, merkantilistiske og civilistiske Theorier. Hoffmann imellem ontologiske, genealogiske og teleologiske — saavidt vi skjønne — Distinktioner uden væsenlig Interesse.

1ste Hovedgruppe.

De Forfattere, der paa Grundlag af givne Begreber forklare de ved Ihændehaverpapiret forekommende ejendommelige Regler.

---

§ 16. Første Stilling. Den senere Ihændehaver gjør sin Formands Ret gjældende.

Hovedrepræsentanten er Thöl vel at mærke kun med Hensyn til Ihændehaverpapiret, Ordrepapiret konstruerer han, som vi ville se i følgende §, paa en helt anden Maade Efter Thöl[1]) maa Ejendommeligheden ved Ihændehaverpapiret ikke søges paa det materielle, men paa det processuelle Omraade. Den, der besidder et Rektapapir, er tvungen til, forsaavidt han indtaler Fordringen hos Debitor, i Benægtelsesfald fuldt ud at godtgjøre enten sin Identitet med den oprindelige Kreditor eller sin Egenskab af dennes Mandatar, Arving, Cessionar, og forsaavidt han vil overdrage sin Fordring videre, er det klart, at den nye Erhverver ikke vil føle sig betrygget, før Afhænderen overfor ham har ført samme fuldstændige Bevis. Nu er det indlysende, at disse Regler i høj Grad maa lamme Omsætningen, det maa være baade Debitor og Kreditor magtpaaliggende at finde paa et andet Middel. Debitor vil fritages for en vidtløftig Undersøgelse af Præsentantens virkelige Berettigelse og den Risiko, han løber ved at betale til den Urette, Kreditor vil spare al den Tid, Møje og Omkostning, den nævnte Bevisførelse medfører. Hvorledes skulle nu Parterne opnaa deres overensstemmende Ønske? Derved, at de bestemme, at den blotte Besiddelse skal være en tilstrækkelig Legitimation til at

---

[1]) l. c. I. § 54 b.

gjøre Fordringen gjældende, at den altsaa, der optræder som indkrævende Betalingen eller overdragende Fordringen videre, ikke skal behøve at allegere og godtgiøre de forskjellige Fundamenter Arv, Cession, Mandat osv., der i Virkeligheden berettige. Ved en Bestemmelse som den nævnte er Ihændehaverpapiret skabt. Det Karakteristiske ved dette ligger altsaa i, at den, der er i Besiddelse af et saadant, formodes berettiget til i en eller anden Egenskab at gjøre den ved Papiret konstaterede Fordring gjældende. Man maa ikke sige, at den, der besidder Papiret, virkelig er berettiget, men kun at han formodes at være det indtil Modbevis, ikke heller, at han formodes at være Kreditor, thi han kan ligesaa godt være t. Ex. en blot Mandatar. Formodningen strækker sig til alle mulige Fundamenter. Hvis altsaa Præsentanten paastaar, at han er Kreditor, da formodes ganske vist Sandheden af denne Paastand, men det vil være uklogt at optræde med en saadan speciel Legitimationsgrund, da derved Debitors Modbevis lettes. Af Ihændehaverens ejendommelige processuelle Stilling følge forskjellige materielle Regler, saaledes navnlig Udelukkelsen af flere Indsigelser fra Debitors Side. Exempelvis vil den Sagsøgte ikke kunne fremsætte Kompensationsindsigelsen mod Præsentanten, thi den vilde forudsætte, at Sidstnævnte var Kreditor, altsaa en bestemt Legitimationsgrund, paa hvilken Besiddelsen i og for sig ikke viser hen. Ogsaa synes det, at Thöl mener at kunne udelukke Indsigelser hentede fra Formænds Personer, thi disse vilde hvile paa den Forudsætning, at nærværende Besidder optræder som disses Cessionar, Arving osv., medens det jo er muligt, at han udleder en eller anden Ret til at optræde fra endnu tidligere Besiddere. Som omtalt kan den for

Præsentanten talende vidtstrakte Formodning tilintetgjøres ved Modbevis. Dog kommer igjen her en Ejendommelighed frem, det er nemlig ikke nok, at Debitor beviser, at det præsenterede Papir t. Ex. er stjaalet fra den virkelige Kreditor. Vel er Tyven utvivlsomt ikke berettiget, derimod nok den, der i god Tro erhverver Papiret fra ham. Beviset herfor fører Thöl paa følgende ikke uinteressante Maade [1]). Ved de fleste Ihændehaverpapirer ligger Værdien ikke saa meget i Retten til at gjøre Fordringen gjældende mod Debitor som i Adgangen til at overdrage denne videre. Just for at lette denne Adgang stiles Dokumentet paa Ihændehaveren. Erhververen vil ved Hjælp af denne Form muliggjøre Overdragelsen ved den blotte Vexel i Besiddelsen. Naar han fremviser Dokumentet, vil han, at Enhver skal tro, at han er den berettigede, Ingen skal have Lov til at forlange yderligere Beviser herfor end det, der ligger i den blotte Detention. Men dette Formaal kan Kreditor kun opnaa, naar han anerkjender, at enhver, der bona fide erhverver Papiret, bliver berettiget. Kunde nemlig t. Ex. Tyven, der dog udvortes staar i samme Forhold til Papiret som den virkelige Kreditor, ikke ved sin Overdragelse gjøre Erhververen til den Berettigede, vilde der jo opstaa to Klasser af Besiddere: saadanne, der kunne foretage en gyldig Overdragelse og saadanne, der ikke kunne det. Til hvilken Klasse den, der i det enkelte specielle Tilfælde afhænder Papiret, hørte, kunde man umuligt se af den blotte Besiddelse, Erhververen blev nødt til for sin egen Sikkerheds Skyld fuldt ud at fordre Bevis for Afhænderens Berettigelse, selvfølgelig ogsaa af den virkelig Berettigede,

---

[1]) l. c. § 55.

som han jo ikke kunde erkjende som saadan, før Beviset var ført, med andre Ord denne vilde gaa glip af alle de Fordele, han just vilde opnaa. Naar altsaa Modtageren af et Ihændehaverpapir virkelig vil, at Besiddelsen skal legitimere ham, og det vil han, da maa han ogsaa ville, at Tyven skal kunne overdrage den ved Papiret konstaterede Fordring til en bonae fidei Erhverver, anderledes udtrykt, den, der vindicerer et Ihændehaverpapir fra en godtroende Besidder, gjør sig skyldig i en Modsigelse.

Saa langt Thöl. For at gaa over til Gjendrivelsen, da er det klart for det Første, at Thöl fra det af ham valgte Udgangspunkt ikke paa nogen Maade er istand til at naa til den af ham supponerede Ejendommelighed, at Ihændehaveren formodes berettiget i en eller anden Egenskab saaledes, at Debitor er forpligtet til at betale, naar han ikke fuldt ud fører Bevis for, at Præsentanten trods det, at han har Besiddelsen, dog ikke er berettiget. Kort og godt indskyder Thöl som Forklaringsgrunden hertil en ejendommelig Beviskontrakt [1]) mellem de oprindelige Kontrahenter af det dobbelte Indhold: 1) Debitor udbetinger sig Retten til med frigjørende Virkning for sig at betale til enhver Præsentant, 2) han forpligter sig til at betale til Præsentanten uden at fordre yderligere Beviser

[1]) At dette er Thöls virkelige Mening fremgaar af følgende Udtryk: p. 338: wenn gleich der Schuldner sich verpflichtet hat ohne Legitimationsprüfung zu zahlen; p. 322: Mithin will der Gläubiger und will der Schuldner, dass der Gläubiger lediglich durch den Besitz als berechtigt nachgewiesen sein soll; p. 327: Aus dem Willen, dass der Besitz soll genügen; p. 345 Anm. 9: dass der Aussteller des Papieres die Sachlegitimation an die einzige Bedingung des Besitzes knüpft, und der Nehmer des Papieres dies genehmigt.

for Berettigelsen. Om den første Stipulations Gyldighed er der ingen Tvivl. Naar ogsaa den ved Ihændehaverpapiret indtrædende Frigjørelse for Debitor, selv da naar han betaler til en Ikke-Kreditor, har givet Anledning til Undersøgelser, ville vi i det Følgende aldeles forbigaa disse, thi intet er klarere end at denne Virkning paa allerletteste Maade lader sig bringe i Harmoni med de almindelige Kontraktsregler. Derimod vil den anden Bestemmelse være betydningsløs. Vel kan det ikke betvivles, at Kreditor ved den har erhvervet en Ret, som han i Overensstemmelse med de sædvanlige Regler vil kunne overdrage paa sin Eftermand, fremdeles at Debitor, naar han alligevel forlanger Bevis af Kreditor eller hans Sukcessorer begaar en Retstridighed mod dem. Men hvorledes kan Debitor vide, om den optrædende Præsentant hører til disse Sukcessorer, hvad skulde hindre Debitor i paa egen Risiko at sige: jeg indrømmer, at jeg overfor en Person har lovet at indfri Papiret uden Bevis, men denne Person er ikke Du, ikke heller er Du hans Sukcessor. Herved tvinges Præsentanten til Bevis og har nu den Satisfaktion, at Debitor ifalder Ansvar, naar han virkelig viser sig som den Berettigede, men samtidigt ere alle de Fordele, Beviskontrakten skulde give, gaaede tabte. Den Regel, at enhver, der optræder med et kontraktmæssigt Krav, maa bevise sin Berettigelse efter Kontrakten, er ubetinget, og man maa ikke tro, at dette bliver anderledes, fordi just denne Kontrakts Indhold er en Fritagelse for Bevis, umuligt kan man slippe for at bevise det Faktum, at man ikke behøver at bevise. Den af Thöl indskudte eiendommelige processuelle Kontrakt er altsaa ude af Stand til at forklare hans Resultat. Men dernæst selv om vi tage Lovgiveren til Hjælp og

altsaa forudsætte den positive Bestemmelse, at Besidderen formodes at være berettiget, ere vi ingenlunde hjulpne. Ikke Nogen vil vove at kjøbe et Ihændehaverpapir, saalænge Debitor har det fuldstændigt i sin Magt ved Modbevis at tilintetgjøre den for hin talende Formodning. Ikke blot vilde han staa hjælpeløs, naar Debitor beviste, at Papiret fra Begyndelsen af paa ulovlig Maade var kommet ind i Omsætningen, thi det er efter de civilretlige Regler isaafald vist, at overhovedet ingen Kontrakt er kommen istand, at altsaa Præsentanten ikke kan være berettiget, eller naar han beviste, at den oprindelige Kreditor kun havde erhvervet Retten til at fordre 100 Rd., medens Papiret lyder paa 200 Rd., men fremfor Alt maa det erindres, at hin indskudte Formodning er et tveægget Sværd. Det er en klar Følge af den, at Debitor har været berettiget til i et tidligere Tidspunkt at betale til Præsentanten. Lige meget hvilken Egenskab denne har havt, om han har været virkelig Kreditor eller Depositar, Kommodatar, Mandatar, Panthaver, Tyv o. s. v., den blotte Besiddelse har jo ogsaa berettiget ham til at forhandle retsgyldigt med Debitor. Denne vil altsaa kunne gjøre alle Indsigelser gjældende mod den nærværende Besidder, der ere hentede fra en Person, i hvis fysiske Værge Papiret tidligere befandt sig. Den Virkning, der er den mest utvivlsomme og uundværlige for vort Institut, at Eftermanden har en af Formanden uafhængig Stilling, er altsaa Thøls Theori ude af Stand til at forklare, og dermed domfældt. Hin almindelige Præsumption hjælper Intet, medens den paa den anden Side fører til positive Konsekventser — saaledes Udelukkelsen af Kompensationsindsigelsen —, der ikke kunne erkjendes for rigtige. Skjøndt det strængt taget er overflødigt, skulle vi endnu

for Fuldstændighedens Skyld gjøre opmærksom paa det Utilfredsstillende i Thøls spidsfindige Begrundelse af dens Ret, der bona fide erhverver Papiret fra en Uberettiget. For det Første er Thøls Slutning, at den, der vil Omsætningen, nødvendigvis maa ville hin Sætning ikke rigtig. Cirkulationen af Værdier er meget vel tænkelig, uden at Besiddelsen nødvendigvis involverer Adgangen til den gyldige Overdragelse. Som bekjendt kunne legemlige Ting i Reglen vindiceres selv fra godtroende Erhververe, dog umuliggjør denne Omstændighed ingenlunde deres Omløb; Erhververen søger sin Betryggelse dels deri, at det dog er en Undtagelse, at Ting befinde sig i en Uberettigets Haand, dels i Overdragerens Hjemmelsansvar. Det bedste Bevis for det lidet Bindende i Thøls Slutning frembyde de Lande, hvor Penge ubegrændset kunne vindiceres, disse løbe desuagtet i eminent Forstand fra Mand til Mand [1]). Selv indrømmet, at Omsætningen staar sig bedst ved, at Ihændehaverpapiret ikke kan vindiceres fra godtroende Besiddere, saa er dog Thøls Forsøg paa at udlede denne Virkning af den sande Berettigedes egen Villie som den kausale Kraft urigtig. Selve Tabet af Papiret og en Andens Erhvervelse af Retten sker ikke med men mod Besidderens Villie [2]).

---

1) Jf. hertil Unger l. c. p. 143—144.

2) Muligvis lader Thøls Ræsonnement sig anskueliggjøre ved følgende formentlig i Analogi med det dannede Exempel. Den, der foretager en Reise fra Kjøbenhavn til Malmø, maa betro sit Liv til Havet. Den Mulighed er tilstede, at Skibet gaar under; sker dette, da indtræder en forudset, altsaa eventuelt villet Virkelighed. Den, der reiser, vil følgelig eventuelt Døden, den, der frivilligt vælger Døden, er Selvmorder. Det at reise til Malmø er altsaa Forsøg paa Selvmord. Herefter maatte vel enhver være berettiget til at hindre en saadan Reise.

Men endelig ogsaa det antaget, at den sande Kreditors Villie er rettet paa, at den senere bonæ fidei Erhverver skal staa uanfægtet, saa vide vi af det foregaaende Afsnit, at denne blotte Villie, saalænge den ikke er erklæret og akcepteret, maatte være uden Betydning. Konsekvent maatte derfor Thøl gjøre Tyven til Overbringeren af den virkelige Kreditors Villie. Saa reducerede, at vi skulle være nødte til at antage denne Følgesætning, ere vi dog endnu ikke.

Det Anførte turde være tilstrækkeligt til at paavise Umuligheden af, at det blotte Cessionssynspunkt skulde kunne være istand til at forklare Ihændehaverpapirets Omsætningsdygtighed. Man tænke sig Forhandlingen mellem den oprindelige Kreditor og Debitor ganske som man vil, man lade dem gjøre alle mulige processuelle og materielle Stipulationer, uforandret staar det fast, at disse Stipulationer kun kunne faa Betydning for bevislige Eftermænd, og at de i deres Haand umuligt kunne antage en anden Karakter end i Formandens, saa vist som det er ubestrideligt, at der af Intet maa resultere Intet. Uundgaaeligt se vi os nødte til, hvis vi ville hævde en for Eftermanden uafhængig Stilling, ikke at lade denne emanere fra en Formand, men at lade den blive til i Kraft af en af Eftermanden erhvervet selvstændig Ret. Vi komme herved til næste Gruppe [1].

---

[1]) Endnu i denne § vilde Renaud være at nævne. Ogsaa han lader Retten komme ovenfra ned i Rækken, dog kalder han Overgangen fra Person til Person ikke Cession, men Singularsukcession. Vi ere aldeles ude af Stand til at se, hvorledes man i denne blotte Ordforandring kan finde nogensomhelst Forklaring af, at Erhververen faar en anden Stilling end Overdrageren.

§ 17. Anden Stilling. Ihændehaveren erhverver en selvstændig fra Formanden uafhængig Ret.

Hovedrepræsentanterne ere Unger, Thøl i sin Vexelret, Gerber (desuden Grøning, Sohm, Binding). De to første Forfattere ville være at fremstille i umiddelbar Sammenhæng.

Unger opstiller følgende Theori[1]). Den, der udsteder og overgiver et Ihændehaver- eller Ordrepapir i den Hensigt at berettige Modtageren, har derved overfor denne paadraget sig en abstrakt ɔ: en fra sin causa løsreven Forpligtelse. Overgangen af den til samme svarende Ret fra Person til Person maa vi ikke tænke os som Cession, derimod som Novation specielt Delegation, det vil sige Debitor indgaar med den ny indtrædende Kreditor en ny Kontrakt. Til Delegationen udfordres naturligvis et nyt Samtykke fra Debitors Side, erklæret og akcepteret efter de almindelige Regler. Dette skete hos Romerne i Stipulationsformen, hvorved Debitors Nærværelse i Delegationsøieblikket blev nødvendig. Heri er nutildags, som vi strax ville se, sket en Forandring. Nærmere udviklet have vi altsaa i Overgivelsen af Papiret at se et dobbelt Løfte. Udstederen A 1) lover at yde til B 2) tillige at han vil afslutte en noverende Kontrakt med den Person, som B senere bestemmer. At et Løfte af sidstnævnte Beskaffenhed er gyldigt, derom kan der ingen Tvivl være, da det staar i fuldstændig Samklang med Kontraktsreglerne. Slutter nu A med den af B betegnede Person, Delegataren C, i Overensstemmelse med sit Løfte den nye skriftlige Kontrakt, saa indeholder denne, da Talen

---

[1]) l. c. navnlig p. 109 ff.

er om et til Cirkulation bestemt Papir, atter, ved Siden af Løftet at yde, det at ville afslutte en noverende Kontrakt med den af C betegnede Person. Paa denne Maade have vi at opløse hele Cirkulationen i en Række af Delegationer. Imidlertid have vi endnu ikke fundet Forklaringen til vore Dokumenters Omsætningsdygtighed. Skulde enhver Ihændehaver personligt begive sig hen til Debitor for med ham at afslutte den nye Kontrakt, eller skulde Kreditor, der ønskede at afhænde sin Ret, være ude af Stand hertil, saalænge han ikke kunde finde Debitor, eller denne aldeles umotiveret vægrede sig ved at opfylde sit Delegationsløfte, vilde Cirkulationen blive umuliggjort. Det er nødvendigt, at der findes paa et Middel, der gjør Debitors stadig fornyede Indgriben overflødig, der lader Delegationen komme istand ved den gamle og nye Kreditors ensidige Virksomhed. Dette Middel giver Repræsentationsinstitutet ihænde; Debitor erklærer Ihændehaveren som sin Fuldmægtig, bemyndiger ham til i sit Navn at afslutte den noverende Kontrakt. Altsaa kunne vi nu nøiagtigere sige: i Udstedelsen af et Ihændehaverpapir ligger ikke et dobbelt, men et tredobbelt Retsforhold, 1) et abstrakt Løfte om at yde, 2) Løftet at ville promittere den af Ihændehaveren betegnede Delegatar, 3) endelig Meddelelsen af en sig gjennem Kreditorernes Række forplantende Bemyndigelse til paa Skyldnerens Vegne at indgaa en ny Kontrakt med Eftermanden. I Overdragelsen af Papiret have vi at se foruden Delegantens Indvilligelseserklæring tillige Afslutgen af den Delegationen perficerende Kontrakt, afsluttet af Deleganten i Debitors Navn. Saa mange Gange altsaa Papiret har skiftet Besidder ved Overdragelse, saa mange nye Obligationer ere

blevne afsluttede. Ved Ordrepapiret udtrykkes Kreditors Bemyndigelse til at give Debitor en ny Kreditor ved Ordet Ordre. Delegationen sker derhos i Reglen skriftlig, det vil sige, den hidindtil Berettigede betegner paa Papiret den Person, paa hvem Fordringen skal gaa over; ved Vexlen sker dette i Indossamentets Form, der i Forbindelse med den dertil sig sluttende Given og Modtagen af Vexlen bringer Delegationen istand. Ved Ihændehaverpapiret falder Skriftligheden bort, Overgangen iværksættes her formløst ved Givelsen og Modtagelsen af Papiret. Dette er hele Forskjellen mellem de to navnte Klasser af Omsætningsdokumenter, i alle andre Retninger maa de bedømmes efter samme Princip.

I sin Vexelret konstruerer Thøl [1]) Endossatarens selvstændige Stilling overfor de forskjellige Vexeldebitorer paa lignende Maade. Den, der akcepterer en Ordrevexel, lover dens Betaling til Kreditor eller Ordre, den, der udsteder en saadan, lover eventuelt Regressummen til Kreditor eller Ordre, Indossanten giver det samme Løfte til Indossataren eller Ordre. Tænke vi os de fremhævede Ord udfyldte, altsaa Ordren effektueret, Vexlen gaaet fra A til B, videre til C, D, E gjennem lutter Ordreindossamenter, kommer exempelvis Trassantens Villieserklæring til at lyde: jeg forpligter mig til eventuelt at betale Regressummen til A eller B eller C eller D o. s. v. Enhver af disse Personer har ifølge alle Vedkommendes Villie en egen Ret overfor Trassant. Akceptant og tidligere Indossant; han behøver derfor ikke at finde sig i Indsigelser, hentede fra en Formands Kontrakt, thi denne er ham aldeles ligegyldig. Saa mange Gange

---

[1]) l. c. II, § 257.

som Vexlen endosseres, saa mange forskjellige Kontrakter opstaa for de i Forholdet Implicerede. Vi vide imidlertid, at det ikke er nok, at vi hos en Person have en Villie til at forpligte sig overfor en vis Række Individer, denne Villie maa ogsaa overbringes og akcepteres. Hvorledes tænker nu Thöl sig, at dette sker? Her er det Punkt, hvor han adskiller sig fra Unger; thi medens denne i enhver Ihændehaver ser Debitors Fuldmægtig, bemyndiget til at indgaa den nye Kontrakt, vil Thöl gjøre Kreditor efter Ordrevexlen til et blot Redskab, til en nuntius, der til sin Eftermand overbringer Debitors paa selve Papiret staaende forpligtende Erklæring: »Der Wechselvertrag[1]) zwischen einem Vormann und einem mittelbaren Nachmann wird vermittelt durch den Zwischenmann oder die Zwischenmänner, er wird aber nicht durch sie als Mandatare oder negotiorum gestores geschlossen — — sondern er wird direkt zwischen jedem Vormann und jedem mittelbaren Nachmann geschlossen, der Zwischenmann überbringt nur die auf dem Papier stehende Willenserklärung (das Wechselversprechen) des Vormannes an den Nachmann, wie ein Bote, wie ein Brief.« Den angivne Forskjel er i Forhold til den Grundtanke[2]), der leder begge Forfattere. saa uvæsentlig, at Gjendrivelsen af deres Theorier vil kunne forsøges under Et.

Altsaa komme vi ved at antage en Fuldmagt eller et nuntius-Forhold, ved Hjælp af hvilket Debitor afslutter en ny Kontrakt med Eftermændene, til en Forklaring af de for Ihændehaverpapiret gjældende eiendommelige Regler? Ubetinget Nei. Vi vide fra fore-

---

[1]) jfr. l. c. § 261 p. 445.

[2]) Det er overflødigt at tilføie, at Thöls og Ungers Theorier ere varierede paa flere Maader i Litteraturen.

gaaende Afsnit, at naar en Forpligtelse skal paadrages ved Mellemmænd maa Forpligtelsesvillien være tilstede i det kritiske Moment. Der kan være og er Difference om, hvorvidt dette er en ubetinget Fordring. De Forfattere, der antage dette, altsaa holde paa, at en Kontrakt absolut ikke kan komme istand, naar Tilbudet i det afgjørende Øjeblik er tilbagetaget — og til dem hører ialfald Thöl — maa erklære Kontrakter, som de i det Foregaaende nævnte, for en Umulighed. Thi derom kan der dog ikke være Tvivl, at Debitor, der t. Ex. helt eller delvis betaler til Ihændehaveren, derved eo ipso helt eller delvis tager sin Fuldmagt tilbage. At paastaa, at han ved ikke at forsyne Papiret med en Paategning om den skete Betaling, ved denne sin Undladelse tilkjendegiver den Villie, at Kreditor ved en Afhændelse skal være bemyndiget til igjen at gjøre ham til Debitor for den Sum, der lige er betalt, er en Fiktion, hvis Nødvendighed vi foreløbigt ikke kunne se. Debitor maa kunne afvise enhver Forpligtelse ved en Henvisning til, at Fuldmagten til at indgaa en saadan paa hans Vegne var tilbagetagen. Fremdeles naar Forholdet mellem de oprindelige Kontrahenter led af en Mangel, maatte Debitor kunne gjøre gjældende, at ogsaa hans Befuldmægtigelsesvillie led under denne. Kort sagt, Debitor maatte kunne gjøre enhver Indsigelse, hentet fra tidligere Kreditorer, gjældende. Nu er det vel sandt og tidligere godtgjort, at hin exorbitante Fordring om Villiens virkelige Præsens, er uberettiget, at derimod Medkontrahentens Tro paa denne er tilstrækkelig. Herved er ganske vist vundet endel; Debitor kan ikke mere gjøre gjældende, at han havde tilbagetaget sin Bemyndigelse, naar han ikke har forsynet Dokumentet med en Paategning herom, eller Erhververen dog ad

anden Vei har havt Kundskab om Tilbagekaldelsen, men Ihændehaverpapirets Konstruktion vil alligevel ikke kunne ske paa den anførte Maade. Enhver Omsætning af Papiret maatte høre op med Debitors Død, Umyndiggjørelse osv., forudsat, at disse Omstændigheder vare Erhververen bekjendte. En død Mand kan ikke mere kontrahere Forpligtelser ved Fuldmægtig eller ved engang i sin Levetid nedskrevne Breve. Heri kan det selvfølgeligt ikke gjøre fjerneste Forandring, at in casu Fuldmagten siges at optræde i Forbindelse med et andet Retsforhold. Imidlertid er intet vissere, end at den efter Thöls og Ungers Theorier nødvendige Indskrænkning i Ihændehaver- og Ordrepapirers Cirkulation ikke finder Sted. Før som efter Døden transporteres disse med ganske samme Virkning, Ingen spørger efter Udstederens nærværende Forhold. Dette viser klart, hvad da ogsaa strax indlyser for den umiddelbare Betragtning, at den, der kjøber et Papir af den nævnte Beskaffenhed, ikke dermed mener at erhverve et nyt Krav, thi isaafald kunde Debitors Død ikke være ham ligegyldig, derimod et allerede existerende. Den Tanke, at der hver Gang et Ihændehaver- eller Ordrepapir transporteres, opstaar en ny Fordring, er altsaa urigtig, og vil selvfølgelig i enhver anden Retning, hvor Forskjellen i Tidsmomenterne kommer i Betragtning, føre til uholdbare Resultater. Exempelvis kan anføres, at et i Cirkulation værende Papir bevarer sin fulde Kraft, selv om en Lov udkommer, der forbyder Indgaaelsen af en saadan Forpligtelse, som ved Dokumentet er bevidnet. I stor Forlegenhed maa Thöl og Unger komme, naar vi spørge, hvorledes det gaar med de til Fordringen knyttede Accessorier, saasom Kaution og Pant. Erhververen

vilde kun være lidet tjent med at faa en ny Panteret; dog maatte han finde sig i en saadan, den gamle hæftede jo for en hel anden Fordring; hvis han vilde gjøre den gjældende, maatte det ske ved at paastaa hin Fordrings Overgang, i hvilket Tilfælde Erhververen selvfølgeligt ikke kunde tage de gode Sider ved Kravet og lade Manglerne ligge. Det er imidlertid bekjendt, at Pantebreve transporteres, uden at nogen ny Thinglæsning er nødvendig, et Bevis for, at ingen ny Pantsætning finder Sted. Skjøndt det Anførte vil findes tilstrækkeligt til at godtgjøre de bekjæmpede Theoriers fuldstændige Uholdbarhed, skal dog endnu tilføjes, at ud fra dem en tilfredsstillende Løsning af forskjellige andre Problemer er en Umulighed. Hvorledes gaar det, naar Papiret fra første Færd kommer ind i Omsætningen mod Udstederens Villie, kommer ogsaa her en lang Kjede af Befuldmægtigelser istand? hvorledes naar Rækken afbrydes af en Tyv, som nu overdrager Papiret til en Godtroende? Er det muligt ogsaa at betragte Tyven som Udstederens Bud eller Fuldmægtig? Til denne Paastand drister Unger sig ikke; han polemiserer[1] mod Thöls foran omtalte eiendommelige Cession, og kommer konsekvent til Forkastelsen af den Sætning, at den, der i god Tro erhverver et Ihændehaverpapir, skulde blive berettiget, et Resultat, der er i Strid med alle Landes Lovgivninger, medens han dog paa den anden Side indrømmer Debitor Retten til med frigjørende Virkning for sig at betale til en ikke-berettiget Besidder, »gleichsam zum Lohne dafür, dass er ein Inhaberpapier ausgestellt hat« [2]. Naar Thöl,

---

[1]) l. c. p. 141.
[2]) l. c. p. 132.

der i første Del af sin Handelsret ved Spørgsmaalet om Kontrakters Afslutning udtaler[1]): »Akcepten maa, for at en Kontrakt kan komme istand, træffe den Tilbydendes præsente Villie, derfor opstaar, naar i Akceptøieblikket Tilbudet allerede er tilbagetaget, ved Akcepten ikke nogen Kontrakt, lige meget om Akceptanten kjendte Tilbagekaldelsen eller ikke, dog at den Tilbydende i første Fald er forpligtet til at erstatte den Skade, som Akceptanten lider ved Handlinger, foretagne under den Forudsætning, at Tilbudet var gyldigt«, i anden Del af samme Værk kan lade en Person (Trassant, Akceptant, Endossant) fremsætte et Tilbud til en Anden (den senere Vexelkreditor) med den Virkning, at Sidstnævnte erhverver en Ret til ved sin Akcept at bringe en fuldgyldig Kontrakt istand, selv om der i det kritiske Øieblik ikke ligger nogen Villie bagved Tilbudet, ja selv om denne Omstændighed er Akceptanten fuldstændig bekjendt, da kunne vi i det højeste undre os over en ellers saa beundringsværdig skarpsindig Jurists Kortsynethed, men Modsigelsen i de nævnte to Standpunkter vil man ikke kunne nægte.

I denne Gruppe have vi endnu et originalt Forsøg at omtale. Gerber[2]) søger at erhverve en selvstændig Stilling for Erhververen af et Gjældsbrev paa følgende Maade. Den skriftlige Form for Løftet faar en særegen Virksomhed derved, at Skriften gjøres til den udelukkende Bærer af den forpligtende Villie. Dette sker derved, at i et Skylddokument sammes Besidder erklæres

[1]) l. c. I p. 365.
[2]) l. c. § 161, 10. Udgave, p. 426 ff.

som Kreditor. Skyldneren erklærer sig ikke forpligtet overfor et bestemt Individ; han overlader det til Papirets Gang at bestemme Kreditors Person. Papiret faar herved en hel anden Funktion end sædvanligt, hvor det kun tjener som Bevis for en uafhængig af det bestaaende Obligation, det bliver til Skyldnerens legemliggjorte Villie, der er tilstede i det og intetsteds ellers. Til Papirets Existents knytter sig Obligationens. Det vil være heldigt noget videre at forfølge Gerbers Tanke. Papiret er Skyldnerens legemliggjorte Villie, da nu en Villie ikke kan have Existents udenfor et Individ, maa Dokumentet opfattes som den i Papiret en ny Skikkelse antagende Debitor selv. Han eller et alter-ego af ham sidder i Papiret og trættes ikke med uafladeligt at raabe ud i Verden: jeg skylder. Man forstaar herefter unægtelig, hvorledes Eftermanden kan erhverve en selvstændig Stilling, imidlertid rummer den Paastand, at Debitor opslaar sin Bopæl i et Papir, at han heri, selv om han vitterligt er død og begraven, vedbliver at leve, ingensinde trættet af at forkynde sin Forpligtelse, en Fiktion, der stiller lidt for høie Fordringer til Fantasien. Der ses derhos ikke, at man overhovedet kan opnaa nogetsomhelst ved den, thi med Rette ville vi med Bekker[1]) kunne spørge: den Debitor, der sidder i Papiret og som er saa venlig at love, kan han ikke ogsaa opfylde sine egne Løfter? Der ses slet ingen Grund til, hvorfor exempelvis Debitors Dødsbo skulde finde sig i, hvad hin anden Debitor finder paa at kontrahere. Endelig er det utvivlsomt, at Fiktionen fører til urigtige Konsekventser, den sig i ethvert Sekund fortsættende Erklæring maatte

[1]) l. c. p. 284.

bedømmes efter de i disse Sekunder samtidigt gjældende Love. Herved er en utvivlsom urigtig Sætning udtalt, jfr. hvad vi kort ovenfor p. 127 have bemærket. Naar Papiret tilintetgjordes eller tabtes, maatte eo ipso Berettigelsen falde bort, den Debitor, der løvede, existerer jo ikke mere. Mortifikationsinstitutet er for Gerber en uforklarlig Positivitet [1]. Ogsaa maatte Tyven blive berettiget, thi ogsaa til ham raaber jo Papiret ikke mindre energisk: jeg skylder.

Vi ere hermed komne til et, som det synes, kritisk Vendepunkt. Ihændehaveren maa ikke udlede sine Rettigheder fra nogen Formand, thi da komme alle mod denne erhvervede Indsigelser frem, heller ikke maa han paastaa nogen egen Ret, thi dennes Erhvervelse er knyttet til Forudsætninger, som Ihændehaveren ikke vil kunne paavise i sin Person. Men hvorledes vil han da, naar han ikke skal paaberaabe sig en Formands, heller ikke en egen Ret, overhovedet kunne erhverve nogen? Det ligger nær at gribe til et særeget Retssubjekt, ikke Formanden, ikke Ihændehaveren, men en tredie kunstig Person er berettiget. Hermed staa vi i den tredie Gruppe.

§ 18. Tredie Stilling. Den Berettigede er et særeget kunstigt Retssubjekt [2].

Den Grundtanke — saaledes lyder Bekkers Ræsonnement i det tidligere citerede Skrift — den Grundtanke,

---

[1]) l. c. p. 429.

[2]) Men gaar det an at behandle denne Afdeling under 1ste Hovedgruppe, sætter den sig ikke aldeles ud over nedarvede Begreber? I Virkeligheden tro de paagjældende Forfattere sig, som allerede tidligere bemærket, ogsaa

der leder den, der udsteder et Pengepapir, thi kun denne Art af Dokumenter indbefatter Forfatteren under sin Udvikling, er den samme som dens, der optager et Pengelaan. Sidstnævnte ønsker en øieblikkelig Forøgelse af sine disponible Midler mod Overtagelse af en Forpligtelse til en tilsvarende Tilbagebetaling. Ved Laanet selv bliver han ikke rigere og ikke fattigere. Paa samme Maade forøger den, der kreerer et Ihændehaverpapir sine disponible Midler, Forskjellen ligger ene i, at i det første Tilfælde Kontanter skaffes tilveie, i det andet Noget, der kan benyttes som Kontanter. Ved selve Udstedelsen er den ydre Formuemængde forøget og en tilsvarende Skyld kommen istand, der rigtignok foreløbig, saalænge Papiret er i Udstederens Værge, ikke har praktisk Virksomhed. Vel er det sandt, at det, om allerede en Skyld existerer, naar Erklæringen er indlemmet i Papiret, ikke just hører til de Sætninger, der kunne glæde sig ved

langt borte fra alle romaniserende Tendentser. Bekker, der gjør Papiret til Kreditor, træder efter sit eget Sigende l. c. 269 over til dem, „die sich bewusst oder unbewusst mit grösserer oder geringerer Dreistigkeit von den römischrechtlichen Schulbegriffen entfernen." Imidlertid beror denne Tro paa en Vildfarelse. Hvis man i Fremtiden skulde opdage, at t. Ex. Aberne vare med Fornuft begavede Væsener, da vilde disse blive flyttede fra Retsobjekterne over blandt Retssubjekterne; praktisk kan en saadan Forandring være vigtig, ligesom Slaveriets Afskaffelse var dette, men i theoretisk Henseende bliver Alt ved de gamle Begreber. Har Bekker Ret, maa vi flytte Papiret fra Retsobjekterne ind under Subjekterne; om Dannelsen af et nyt „germansk" Begreb er der ikke Tale, tvertimod foreligger der i hine Theorier, der karakteristisk nok tro sig emanciperede fra nedarvede Forestillinger, det voldsomste Forsøg paa ved rent romerske Kategorier at komme til en Løsning. Thi, at Begrebet Retssubjekt ikke er en moderne Dannelse, derom vil der ikke kunne strides.

almindelig Anerkjendelse, dog nødes vi til at optage den, thi først ud fra den bliver en Retsvirkning forklarlig, uden hvilken Omsætningen ikke kan bestaa, nemlig den, at ogsaa det fra Udstederen stjaalne Dokument af ham maa indløses overfor en godtroende Besidder. Den modsatte Regel vilde navnlig da fremtræde som utaalelig, naar man formulerer den derhen, at enhver Præsentant skal bevise, at det Papir, paa hvilket han støtter Rettigheder, fra første Færd paa lovlig Maade er kommet ind i Omsætningen; men sæt ogsaa, at man formindsker Fordringen, idet man hjælper Besidderen med en almindelig Præsumption og kaster Bevisbyrden for, at Papiret paa ulovlig Maade er ham frakommen, over paa Debitor, saa vilde dog den blotte Mulighed, der er tilstede for, at dette Bevis lykkes Udstederen, i den Grad svække Ihændehaverpapirets Kredit, at Ingen turde vove at tage mod det. Men er det nødvendigt i det førnævnte Tilfælde at statuere Ansvar for Udstederen, bliver det ogsaa nødvendigt at anerkjende, at Fordringen allerede har Existents i hans Værge, selv om der for Øieblikket ikke er Nogen, der kan gjøre den gjældende. At Fordringen efter et Ihændehaverpapir, der er vendt tilbage i Debitors Værge, ikke falder sammen ved confusio, uagtet dog heller ikke her findes Nogen, der gjør Retten gjældende, er en Sætning, der kan betragtes som staaende udenfor Debat. Fremdeles er det givet, at enhver Præsentant kan kræve Betaling uden at behøve at finde sig i Indsigelser, hentede fra Formænd, at Alt kommer an paa Forholdet til Papiret, specielt dettes Besiddelse, Intet paa Forholdet til hine Formænd, fra hvilke altsaa ikke Rettigheden udledes, endvidere, at den Ret, der tilkommer Præsentanten, ikke er nogen almindelig Kreditor-

berettigelse, thi han formaar ikke ved egen Magtfuldkommenhed, men kun ved fysisk Indvirkning paa Papiret at disponere over Fordringen, en Stilling, som han deler med enhver uberettiget Trediemand. Ogsaa agte man endelig paa det Tilfælde, at Besidderen A har mistet Papiret, uden at dette er kommet i nogen Andens Værge; er hermed Fordringen bortfalden? Ingenlunde, naar B senere faar Besiddelsen, efterat Papiret er fundet og sat i Omsætningen, erhverver han den gamle Fordring med dens gamle Accessorier, denne maa altsaa vedblivende have bestaaet i den besiddelsesløse Mellemtid. Naar samtlige disse Retsvirkninger haves for Øie, trænges vi uvilkaarligt hen til den Opfattelse: Papiret selv er Retssubjekt, Bærer af Fordringen, Kreditor. Ihændehaveren er ikke Kreditor, men han har — som en Slags jus possessionis — en Repræsentationsbeføielse, han er at ligne med en procurator in rem suam, hvis Mandant er villieløs, exempelvis furiosus. I den nævnte Konstruktion ville vi finde Forklaringen til alle foranstaaende Regler og ikke mindst til den, at Besidderen ikke behøver at finde sig i Indsigelser, hentede fra Forgjængere, thi den Ret, han gjør gjældende, tilkom jo ingensinde disse. Noget stødende for os Jurister kan der ikke være i at betragte et Papir som Kreditor, man taler jo ogsaa, som Alle vide, om jura prædiorum, hvorfor skulde da ikke en Løsøregjenstand kunne have Rettigheder? Vilde man indvende, at Retten er en Villiesmagt, og at kun Mennesker have en Villie, da svare vi med en Henvisning til, at ogsaa Villieløse kunne have Rettigheder, specielt minde vi om Stiftelser, hvilke der tillægges Rettigheder, uagtet de ikke engang som Papiret have en real, men kun en intellektuel Existens.

Saavidt Bekker. I Zeitsch. f. Handelsr. l. c. anvende Volkmar og Loewy samme Synspunkt paa Vexlen. Efter dem er denne allerede i Udstederens Haand en Formueværdi, »thi derved, at Udstederen overgiver en Vexel til en Anden, kan der ikke skabes Noget, denne Akt kan ikke gjøre noget værdiløst til noget værdifuldt.« Naar Vexlen paa anden Maade end med Debitors Villie kommer ind i Omsætningen, bliver den godtroende Erhverver berettiget, i Udstederens Overdragelse af den nedskrevne forpligtende Erklæring maa man altsaa ikke søge Fundamentet for Fordringen, thi den mangler jo ganske. Alene i Vexlen selv har Obligationen sin Rod, Vexlen er den egentlige Kreditor, medens Ihændehaveren kun er dens Repræsentant. Udstederen er første Besidder og sit Papirs Debitor, dog kan Papiret i dette Stadium ikke vise sig virksomt, men kommer det i en Andens Haand, vender det sin Kraft mod sin egen Skaber, og »som af Cellen Blomster og Blade udfolde sig, saaledes strømme nu de retlige Virkninger ud af Papiret«.

De refererede Theorier give enten ingen eller en urigtig Veiledning. Sæt at vi i Papiret kunde se en egen Kreditor og i Besidderen dets Repræsentant, saa trænger sig strax det Spørgsmaal i Forgrunden, hvem der da er berettiget til at besidde og dermed repræsentere. Vi faa her den negative Besked, at vi i Papirets Omsætning ikke maa se en fra Person til Person sig forplantende Fordring, at altsaa Obligationsrettens Regler om Fordringers Overgang ikke kunne anvendes. Hvis man nu ikke vilkaarligt vil lade Berettigelsen være der, hvor den blotte og bare Besiddelse ved rent tilfældige Begivenheder er indtraadt, levnes os ingen anden Udvei end den at holde os til Papiret som en legemlig Ting,

der som saadan er underkastet Tingsrettens Regler, altsaa Gjenstand for Vindikation, Derelikticn o. s. v., at lade Eieren af dette være den repræsentationsberettigede. Konsekventsen heraf bliver, at naar Udstederen t. E. tilfældigvis kommer til at nedskrive en forpligtende Erklæring paa en anden Persons Papir, dette da bliver vindiceret og nu Fordringen gjort gjældende i den iøvrigt uvedkommende Eiers Haand. Vilde Debitor møde med det Forsvar, at der i de foreliggende Omstændigheder slet ikke findes noget af de Fundamenter, paa Grundlag af hvilke Eieren af Papiret kunde støtte nogen obligatorisk Ret, kunde denne simpelthen svare, at han heller slet ikke prætenderede nogen saadan Ret. Paa samme Maade maatte det staa i Eierens Magt at faa Papiret udleveret af en fra Udstederen forskjellig Person. At denne havde givet Valuta for Papiret kunde ikke hjælpe ham, vilde han grunde nogen Ret paa, at han havde erhvervet en Repræsentationsbeføielse fra en Formand, vilde han skyde sig ind under det Synspunkt, der just principielt er udelukket. Erhvervelsen af en obligatorisk Ret fra Formanden forudsætter dennes Tilværelse i hans Person, dette atter Rettens Tilværelse hos Formandens Formand o. s. v. Var nu Rækken bleven afbrudt tidligere ved et Tyveri, vilde man naa til det Punkt, hvor Rettens Mangel viste sig. Denne Vei kan altsaa Besidderen ikke betræde uden at styrte sig ind i alle de Konsekventser, der just skulde undgaas. Hvor urimeligt — mildest talt — imidlertid det vilde være at regulere hele Omsætningen af Papiret efter det tingligretlige Forhold til den værdiløse legemlige Ting, maa efter det Bemærkede være tilstrækkelig klart. Theorien om den kunstige Retssubjektivitet springer altsaa en Hovedvanskelighed over ved at

flytte den hen paa et andet Punkt. Det Spørgsmaal, i hvis Favør er Papirkreditor, efter hvilke Principer skal Omsætningen af Repræsentationsbeføielsen ordnes, lader den enten aldeles ubesvaret eller nødes til at søge Afgjørelsen i et fuldstændig vilkaarligt Synspunkt (det blotte Besiddelsesforhold). Lad os imidlertid forudsætte, at Lovgiveren uden Veiledning fra Theoriens Side ordner paa en nogenledes taalelig Maade Forholdet mellem dem, der skulle være repræsentationsbeføiede, saa ere vi dog endnu ikke komne til Løsningen. Thi naar den ifølge positiv Bestemmelse berettigede Repræsentant mødte hos Debitor og hos denne fik Betaling, maatte Forholdet dermed definitivt være afgjort, eftersom det er en civilretlig Regel, at den Kreditor, der ved sin Fuldmægtig A har indkrævet sit Tilgodehavende, ikke senere kan sende en Fuldmægtig B for at hente den samme Sum nok engang. Debitor kunde efter Theoriens Formulering ganske vist ikke sige: denne Fordring har jeg betalt til en tidligere Kreditor, men derimod nok til Papiret: Du har været her engang før. Den Kombination, der vitterligt indtræder, at Kreditor (Papiret) indkræver sin Fordring først ved En (tidligere Besidder), saa den samme Sum ved en Anden (senere Besidder) bliver aldeles gaadefuld, og Bekker atter her nødt til at lade Lovgiveren som en deus ex machina gribe ind med den Bestemmelse, »at Skyldens Ophævelse kun kan bevises ved Papiret selv« [1]), nemlig ved Paategninger paa dette, hvormed da ethvert Forklaringsforsøg ophører. Paa Urimeligheder i det Enkelte mangler det tilvisse ikke. At Fordringen efter et Ihændehaverpapir eo ipso skulde mistes med Besiddelsen,

---

[1]) l. c. p. 294.

at den overhovedet gik tabt, naar Papiret fysisk tilintetgjordes, ere saaledes Følgesætninger, der ere i Strid med, hvad der gjælder og maa gjælde. Mortifikationsinstitutet er ogsaa for Bekker en ren Positivitet, naar Papiret f. Ex. brændte, forsvandt jo Kreditor ud af Verden, et Intet kunde ikke mere repræsenteres. Hin som et Dogma henstillede Sætning, at der ved Nedskrivningen opstaar et Nomen og en kunstig Kreditor vilde medføre, at senere udkomne Love maatte være uden Betydning. Imidlertid kan der ikke være Tvivl om, at naar idag en Lov træder i Kraft, der forbyder en vis Person at kontrahere Forpligtelser, denne da ikke fremdeles kan udgive alle de i Løbet af Aaringer nedskrevne Ihændehaverpapirer med en Henvisning til, at han jo allerede ved Nedskrivningen paatog sig Forpligtelsen. Fremdeles maatte efter den bekjæmpede Lære Ihændehaveren, der optræder som Repræsentant, kunne afvise Indsigelser mod sin Person navnlig Kompensationsindsigelsen, da Fordringen jo ikke fandt Sted inter easdem personas, en Regel, der, naar vi tænke os Ihændehaveren falleret, viser sig særlig urimelig. Ja konsekvent maatte samme Person kunne optræde to Gange, naar han ved den første Betaling ikke havde forsynet Papiret med en Paategning. Den egentlige Kreditor var da slet ikke tilfredsstillet. »Skyldens Ophævelse skal jo kun kunne bevises ved Papiret selv.« Forholdet vilde være det samme, som om en Debitor B havde givet en Person A Fuldmagt til at betale til sin Kreditor C, og nu A havde underslaaet Pengene. Isaafald er C utvivlsomt ikke betalt, men kan paa sædvanlig Maade indtale sit Krav enten personlig eller ved Fuldmægtig. Som en saadan kan han naturligvis benytte A, uden at B i dette Søgsmaal kan fremsætte Indsigelser. Et Fal-

litbo vilde neppe undlade at benytte sig af denne Situation. Det vilde optræde som den ikke-betalte kunstige Kreditors Repræsentant og henvise Debitor til Dividenden af det Krav, han har erhvervet mod Fallenten, fordi denne ikke har betalt til den kunstige Kreditor. I Volkmar's og Loewys Theori kulminerer Urimeligheden. Saalænge Dokumentet lyder paa Ihændehaveren, er det mindre farligt at lade en Kreditor blive til med Papiret, thi Dokumentets Paakrav ogsaa i Udstederens Værge: betal til min Ihændehaver, opfyldes i hvert Øieblik, i en evig Cirkel sker Indfordring og Betaling. Men sæt, at Dokumentet lyder paa Navn, bliver Situationen følgende: En Kreditor (Papiret) optræder overfor Debitor henvisende til, at denne har lovet ham at betale en Sum til en Trediemand — nemlig den, paa hvis Navn Dokumentet lyder — og fremsætter nu gjennem en Repræsentant, i dette Tilfælde Debitor selv, den Fordring, at Debitor skal indfri sit Løfte. Naar nu denne ikke træffer Foranstaltning til at sætte sig i Forbindelse med Trediemand, begaar han da ikke en Retstridighed?

Hermed turde det da være godtgjort, at vi i Opstillelsen af Papiret som en særegen Retssubjektivitet ikke maa se en uskadelig Fiktion[1]). Heller ikke ad den Vei

---

[1]) Den i Texten omtalte kunstige Personlighed møder os i Litteraturen i forskjellige Skikkelser. Jolly, Einert, Savigny lade ligeledes Kontrakten ikke komme istand med nogen bestemt Ihændehaver, men henholdsvis med „et Retssubjekt in abstracto“, der dannes af Ihændehaverne betragtede som en Helhed, med „Publikum“, med en „persona incerta“. En Gjendrivelse af hver af disse Paastande maa vi efter det Bemærkede anse for overflødig. Ogsaa disse Theorier springe den egentlige Vanskelighed over. Ikke alene faa vi ikke at vide, efter hvilke Princi-

er det muligt at forklare Ihændehaverpapiret. Forgjæves have vi hidindtil sat Debitor ind i enhver Besidder (Unger), ind i Papiret (Gerber), forgjæves dannet en egen juridisk Person, ingen af de paa den Maade tilveiebragte Kontrakter er istand til at hjælpe ud over Vanskeligheden[1]. Vi synes da at maatte mistvivle om Kontraktsbegrebets Rigtighed; dettes Forkastelse bliver det næste Skridt. Dog have vi endnu, forinden dette gjøres, i den følgende § et Forsøg at omhandle, med hvilket vi særdeles hurtigt kunne blive færdige.

§ 19. Fjerde Stilling. Flugt fra Obligationsrettens Begreber ind under Tingsrettens.

Da det aldeles strider mod Obligationsrettens Begreber, at Nogen ved den blotte Besiddelse af et over et Laan udstedt Dokument erhverver en virkelig Kreditorberettigelse — saaledes ræsonnerer Souchai —, naar han ikke alene er ude af Stand til at paavise, at Dokumentet er ham overdraget paa legitim Maade, men selv da, naar det Modsatte kan bevises, saa er det klart, at Ihændehaverpapiret, ved hvilket vi træffe disse Fænomener, slet

---

per man bliver repræsentationsberettiget, men vi faa heller ingen Forklaring til, hvorledes den kunstige Person tvertimod Obligationsrettens Regel kan blive bemyndiget til to Gange at indkræve sin Fordring. Se med Hensyn til Savignys nærmere Gjendrivelse Unger l. c.

[1]) Endnu den Kombination er mulig at sætte alle senere Erhververe ind i den første Erhverver ɔ: gjøre denne til Repræsentant, ikke som Unger for Debitor, men for sine Efterfølgere. Afset fra, at denne Vei er ligesaa unaturlig og usand som de i Texten anførte, fører natuligvis heller ikke den til antagelige Resultater.

ikke kan være nogen Skyldforskrivning, det falder derimod ind under Kategorien: konventionelle Papirpenge. Einert havde allerede tidligere gjort denne Opfattelse gjældende med Hensyn til Vexler[1] I denne § maa ogsaa nævnes Mühlenbruch, der i vort Papir ser en »Vare«, thi hans Grundtanke er den samme som hos de førnævnte Forfattere, nemlig den at bringe Ihændehaverpapiret ud af Obligationsretten ind under Tingsretten; Dokumentet konstaterer ikke en Fordring paa 100 Rd., men det er 100 Rd. Afset fra, at ialfald Souchai og Einert have en altfor snæver Opfattelse af Ihændehaverpapirets Omraade, idet de kun tænke paa et saadant, der lyder paa Penge, afset fra forskjellige uigtige Konsekventser, blandt hvilke vi fremhæve den, at med Papirets Undergang Alt maatte være forbi, er det klart, at hin Flugt er utilstedelig. Det kommer jo nemlig til det kritiske Øieblik, da Kreditor møder med Papiret hos Debitor. Skal nu denne kunne afvise ham under Paaberaabelse af, at han allerede har 100 Rd.? Dette kan man aabenbart ikke ville, men vil Kreditor virkelig have 100 Rd. udbetalte, da kan han umuligt nægte, at han gjør en obligatio gjældende, han maa derfor finde sig i, at Debitor lægger Haanden paa vort System: omnes obligationes consensu contrahuntur. Herved nødes Kreditor til at paavise den consensus, paa hvilken hans Ret støttes, hvoraf Følgen er. at han, naar han hverken kan paavise denne i en Formands ikke heller i sin egen Person, bliver afvist. Dette føler ogsaa Einert,

---

[1]) Det bemærkes, at Fremstillingen af de forskjellige Theorier alene er bleven ordnet efter dogmatiske Synspunkter. Historisk optræder Einert med den i Texten nævnte Lære længe før de i det Foregaaende nævnte Forfattere.

der nu indfører sin Kontrakt med »Publikum[1]).« Ude af Stand til at løse Vanskeligheden har Theorien om de konventionelle Papirpenge kun yderligere forøget den almindelige Forvirring ved Indblandelsen af tingligretlige Synspunkter.

2den Hovedgruppe.

De Forfattere, der i Ihændehaverpapirets Interesse bryde med nedarvede Begreber.

---

§ 20. Kunzes Theori.

Naar Læseren allerede i det Foregaaende har faaet en lille Forsmag paa Opfattelser, der gjøre Vold paa den naturlige Betragtning, saa kræver Fremstillingen nu, at han maa gjøre sig fattet paa det Yderste af, hvad der kan præsteres i besynderlig Form. Vi komme nemlig til Kunzes Lære. Udtrykkeligt anser Forfatteren det for hensigtsmæssigt at reservere sig mod enhver Mistanke for Overdrivelse. Saa vidt muligt benytte vi endog Kunzes egne Ord. Altsaa:

Rettens Rige er oversandseligt, men Livet tragter overalt efter at legemliggjøre sig i sandselige Former. Overalt forlanger man, at Retsvillien direkte eller indirekte skal iklæde sig en sandselig Skikkelse, i alle Retssystemer har Retsforholdenes Opstaaen og Undergang udpræget sig paa sandselig Maade. For Retsforholdets Bestaaen derimod er i Romerretten kun undtagelsesvist

---

[1]) l. c. p. 84.

og ufuldkomment blevet anvendt en sandselig Form. I denne Henseende er den germanske Retsproduktion gaaet ud over Romerretten. En Retsanskuelse er tænkelig — og den svarer til Germanernes naturalistiske Aand — hvorefter det i sig ideale Retsforhold nedsænkes i en sandselig Form, der nu fremtræder som dettes »Sæde« eller »Legeme«. Til en saadan Form er Papiret fortrinlig egnet, da det er et indifferent Legeme, der ved Skrifttegn kan individualiseres og paa den Maade muliggjøre, at forskjellige Retsforhold »ligesom« indaandes, inkorporeres i det. Naar et Papir er benyttet paa den omspurgte Maade, er Retsforholdet Papiret paa organisk Maade immanent. Heri ligger Forklaringen til de eiendommelige Regler, vi træffe paa ved Ihændehaverpapiret. Den umiddelbare Anskuelse ser i dette ved første Øiekast en legemlig Ting, nemlig Papiret, som saadan Gjenstand for Tradition, Dereliktion o. s. v., samt en med dette forbunden Fordring. Vanskeligheden for Theorien laa i at finde det de to Sider sammenknyttende Princip. Før Kunze greb man til forskjellige Udveie, snart lod man Papiret følge Fordringens Skjæbne (Thøl), snart Fordringen Papirets (Souchai). Herved faldt man over henholdsvis i spiritualistiske og materialistiske Ensidigheder Det Princip Papiret er Organ, Symbol for Fordringen opløser Dissonantsen mellem Fordring og Papir i en civilistisk Harmoni. Iøvrigt da Obligationens Indlemmelse i Papiret er af en organisk Natur lader den sig ikke nærmere demonstrere, den er en primitiv Kjendsgjerning, et organisk Grundfænomen, der som saadant ikke er tilgjængeligt for den logistiske Reflexion, men kun for den civilistiske Intuition. Kunze udvikler nu nærmere de af hans Princip udspringende »Følgesætninger«

i tre Retninger, der repræsentere Hovedstadierne i Papirets Liv, Udstillelsen, Omløbet, Indløsningen, i hvilke altsaa dette har at udfylde tre Funktioner, som Kunze kalder Genital-, Vital- og Finalfunktionen. Den, der skulde interessere sig for den nærmere Udførelse maa vi henvise til Forfatteren selv[1]). Her kunne vi kun fremhæve følgende Enkeltheder. Obligationen kommer til Existents i det Øieblik, Papir og Skrift blandes sammen. Den, der foretager hin Blanding, er den eneste Skaber af Retsforholdet. Dette er som bekjendt Debitor; alle Handelspapirer bære Ensidighedens Præg. Alt hvad der hører til Retsforholdets Bestemmelse og Individualisering gaar ud fra Debitor, dennes Retsvillie alene danner Grundlaget. Underskriften af et Handelspapir er derfor en Kreationsakt og ikke nogen Kontrakt. Romerne anerkjende væsentlig kun Testamentet som ensidig Retshandel »nur der ultima voluntas wird diese civilistische Weihe ertheilt, diese autonomische selbstherrliche potenzirte Zeugungskraft bewilligt«, men hos Germanerne »sind die Einzelsphären weniger streng geschieden und daher dem Hinüberwirken des Willens in andere Einzelsphären grösserer Spielraum gewährt«. I Udfærdigelsen af Dokumentet udtrykker Debitor sin Forpligtelsesvillie, men endnu er hans Villie ikke fixeret, følgelig ambulatoria, men den »wird gebannt«, saasnart en Kreditor existerer, hvilket er Tilfældet, saa saare Papiret besiddes af en fra Debitor forskjellig Person. Emissionen bliver perfekt derved, at Papiret tages; indtil dette Øieblik existerer en betinget Fordring, en retlig Situation, som Kunze i sin Vexelret sammenligner med den, der opstaar, naar et Foster er

---

[1]) l. c. p. 277 ff.

blevet til. Det ikke i Omsætningen indtraadte Ihændehaverpapir er en partus conceptus sed nondum editus. Berettiget er den juridiske Besidder af Papiret, det vil sige den, der besidder animo domini. Da Tyven opfylder denne Betingelse, er Debitor forpligtet til at betale ogsaa til ham. Er Papiret tabt, uden at det er kommet i en Andens Værge, skulde Kreditor, der jo ophører at være Besidder, egentlig miste sin Ret. Imidlertid undgaar Forfatteren denne Haardhed ved at henvise til Romerretten, ifølge hvilken Besiddelsen bevares over en servus fugitivus, indtil han er kommen i en Andens Værge. Det tabte Papir er et instrumentum fugitivum, et caput fugitivum, Papiret er nutildags ligesom Slaven i det antike Liv en Maskine[1]), Bærer af en erhvervende Kapital. Heraf følger da, at man ikke mister Besiddelsen derved, at man taber det. Overgangen af Fordringen fra Person til Person er efter Kunze ikke at betragte som Cession, men som Novation, hvilken dog ikke maa opfattes som Resultatet af en Kontrakt, men som en Retseffekt fremkaldt ved Udstederens ensidige Retshandel, en Følge af hans pollicitatio eller dictio.

Et tydeligere Billede end det anførte af Kunzes Theori er Forfatteren ude af Stand til at give. Om en egentlig Gjendrivelse af samme kan der selvfølgelig ikke være Tale. I Kraft af sin Intuition aabenbarer Kunze os et organisk Mysterium, der opstaar ved Foreningen af Papir og Fordring, men vedbliver iøvrigt selv at være i Besiddelse af Hemmeligheden. Han giver os forskjellige Regler, om hvilke han meddeler os, at de ere »Følgesætninger«; da vi mangle enhver Kontrol, kunne vi over-

[1]) l. c. p. 313.

for disse kun forholde os troende, Bønner til Ypperstepræsten Kunze er vor eneste Udvei. Vi føle os saaledes fristede til at anmode ham om endnu engang at nedsænke sig i Mysteriet for dog at se, om virkeligt Tyvens Berettigelse er en ubønhørlig »Konsekvents«. Men en Gjendrivelse er ogsaa overflødig, thi det tør vel forudsættes, at en Udvikling som den tidligere angivne i vore ædruelige Tider ikke gjør Indtryk paa Nogen. Med Rette spørger man snarere, hvorfor i det Hele taget referere en saadan Mening? Afset fra, at det dog synes mindre rigtigt helt at forbigaa det i kvantitativ Henseende største Værk, der om ikke andet ialfald har vakt Opsigt, ligger der i den refererede Theori skjult en Tanke, der har Krav paa Opmærksomhed, og som derfor gjør, at vi saavel overhovedet som just her anføre Kunzes Lære. Dette er Tanken om en ensidig Forpligtelse, om Muligheden af en Kreation af en obligatio, hvoraf selvfølgelig paa den anden Side Kontraktsbegrebets Forkastelse følger. Denne Tanke er, som vi vide af det Foregaaende, bleven greben og videre udviklet af andre Forfattere [1].

---

[1] Siegel udfører l. c. sin Theori om Villien som Forpligtelsesgrund med Hensyn til Ihændehaverpapiret saaledes: Udstederen af Dokumentet forpligter sig paa engang overfor alle senere Besiddere. Forskrivningen med det i samme liggende Løfte er det forpligtende, hvorefter altsaa Fordringens relative Opstaaen i anden og tredie Haand fuldstændig staar lig med den absolute Opstaaen i første Haand. Ogsaa den senere Ihændehavers Ret grunder sig umiddelbart paa Udstederens Løfte, uden at en Cession, Novation o. s. v. ligger imellem p. 109—110. Løftet er imidlertid udtrykkeligt gjort afhængigt af, at Dokumentet er i en anden Haand end Udstederens. Indtræder denne Betingelse, bliver Ihændehaveren berettiget selv uden Vidende og Villie. Stedet og Tiden, hvor Betingelsen opfyldes, ere

Reelt falde de umiddelbart foran angivne Resultater væsentlig sammen med Bekkers, men, medens denne Forfatter bevarer den formelle Overensstemmelse med Systemet ved Indskydelsen af et kunstigt Subjekt, forkastes her dristigt Fordringen om Medvirkning. Alt hvad der tidligere er anført om det Unaturlige i at lade en Forpligtelse opstaa med Nedskrivningen, har derfor her sin fulde Anvendelse. Hvor ilde betænkt det er at lægge Vægten paa det sidstnævnte Øieblik, turde følgende Exempel vise. A udfærdiger d. 1 Febr. et Dokument, som han af en Feiltagelse forsyner med et tilbageliggende Datum, f. Ex. d. 1 Jan.; dette overdrager han til B d. 1 Marts. Tænke vi os, at det Øieblik, da Rettigheden opstod, blev af retlig Betydning, vilde B utvivlsomt kun kunne paaberaabe sig, at hans Ret blev til d. 1 Marts. Sæt at B overdrager Retten til C, da kunde der under Forudsætning af, at denne er i god Tro, være Tvivl om, hvorvidt C er berettiget til at behandle Debitor, som om denne virkelig havde paadraget sig en Forpligtelse d. 1 Jan., altsaa til at paastaa Forpligtelsen fra et Øieblik, da der hverken forelaa nogen Kreation eller Kontrakt, men da han maatte tro paa, at en saadan blev til, eller om ogsaa for ham det Øieblik, da Papiret kom i Omsætningen, bliver det afgjørende, men Et vil der ikke kunne strides om, og det er, at det Erhververen ubekjendte Nedskrivningsøieblik, hvilket efter den i denne §. omtalte Lære just skulde være det afgjørende, er fuldstændig irrelevant. En tilstrækkelig Gjendrivelse af Læren om den ensidige Paadragelse af Forpligtelser findes formentlig i det Foregaaende,

---

fuldstændig ligegyldige for Bedømmelsen af Forpligtelsens Indhold. Berettiget er efter Siegel Detentor af Papiret.

vi skulle ikke her anvende flere Ord paa den, men kun atter minde om, at de Halvheder, under hvilke man nu flygter ind, nødvendigvis maa opgives. I nogle Tilfælde at lade Forpligtelsen opstaa ved Kontrakt, i andre ved ensidig Akt er utilstedeligt. Der er her, som tidligere sagt, Tale om et Enten-Eller. Fremdeles uudsetligt altid at lade en »betinget« eller gjenkaldelig Forpligtelse blive til ved den ensidige Villie er urigtigt, forsaavidt Villien ikke selv har sat sig nogen saadan Skranke. Endelig hvorfor Nedskrivningen skulde være nødvendig til Forpligtelsen, er umuligt at indse, da Villien lader sig tænke uden en saadan, ja uden enhver objektiv Form. Paa Grundlag af en saaledes uddannet Theori, ved hvilken unægtelig »die Einzelsphæren« blive »weniger streng geschieden«, eftersom vi komme til ved vore blotte Tanker at flytte Retsobjekter ind paa hinandens Omraader, forsøge man da at ordne Samhandlen.

§ 21. Slutning.

Forsøg paa Løsningen af Vanskelighederne. Ihændehaverpapirets Konstruktion.

Naar en Person i en Trediemands Nærværelse, for at mystificere ham eller afpresse Penge o. s. v., pro forma erklærer til en Anden, at han overdrager denne Eiendomsretten over en Ting, gjør ham til sin Kreditor for en vis Sum eller cederer ham en Fordring, denne derpaa i umiddelbar Sammenhæng indsætter Trediemand i den paagjældende Rettighed, da vil neppe Nogen nægte, at den, der afgav Skrømterklæringen, ifalder Ansvar, og at dette specielt kommer til at bestaa deri, at han maa finde sig i at blive behandlet, som om det af ham Ud-

talte havde været sandt. Her indtræder altsaa den Kombination, at en Person ved Cession, Tradition erhverver en Ret fra en Anden, der selv utvivlsomt ikke var i Besiddelse af det overdragne Retsgode. Vi have her den ved Ihændehaver- og Ordrepapiret forekommende Eiendommelighed in nuce. Derved, at der gives Forpligtelseserklæringen et skriftligt Udtryk, opstaar ikke nogensomhelst mystisk Virkning, men den faktiske Adgang til at narre Andre udvides, den Kreds af Personer, der kan skuffes, er ikke mere indskrænket til dem, der umiddelbart ere tilstede ved Forhandlingen. Neppe vil Nogen nægte, at den Person, der forsætligt kaster et af ham udstedt eller indkjøbt Ihændehaverpapir ud paa Gaden i det Haab, at en Forbigaaende skal sanke det op og lade det diskontere af Byens Vexelér, for at denne da skal lide et Tab, bliver ansvarlig, uagtet der ikke foreligger nogensomhelst Kontrakt Dette vil atter sige, at han har overtraadt en Retspligt, hvis Indhold ikke kan bestemmes anderledes, end at saadanne Yttringer og Handlinger, ved hvilke en Person udtaler Noget om et Forpligtelsesforhold, hvori han staar til en Anden, og som ere af en saadan Beskaffenhed, at Ophavsmanden til dem maa forudsætte, at de ville blive meddelte en Trediemand, der paa Grundlag af dem vil bestemme sig til Handlinger, maa være overensstemmende med Sandheden. Den, der præsenterer et Ihændehaverpapir, legitimerer sig udvortes ved sin blotte Besiddelse som den, der har en Fordring efter Brevets Paalydende; det er Debitors Pligt at sørge for, at dette Indhold er sandt, den sande Kreditors Pligt, at ikke en Uberettiget kommer ind i det Kreditorstillingen indicerende udvortes Forhold, eller, som man gjerne kan udtrykke det, Kreditor er forpligtet til

at gjemme sit Papir. Overtrædelsen af de nævnte Pligter, om hvis virkelige Existents der formentlig ikke kan strides med den, der indrømmer, at det sidstanførte Exempel er rigtigt afgjort, medfører for Debitors Vedkommende, at han maa lade sig behandle, som om det, han har sagt, var sandt, for Kreditors, at han maa erkjende den, der ved hans forsætlige eller uagtsomme Handling er kommen i Besiddelsen, som legitimeret til at overdrage Retten. Ligesom Forpligtelsen til at indestaa for Villieserklæringens Sandhed er den Basis, der først muliggjør Retshandler overhovedet, saaledes er specielt Handlen med Omsætningsdokumenter utænkelig, saa længe det ikke er erkjendt for en Retstridighed i dem at udtale Usandheder, medens omvendt med Suppositionen af denne Vanskeligheden forsvinder. Derimod er det at ville søge Forklaringen til de Virkninger, der indtræde ved Ihændehaverpapiret, nemlig at Debitor forpligtes til at indfri en Gjæld, som han aldrig har kontraheret, eller som han dog allerede engang har betalt, og at den sande Kreditor tvinges til at anerkjende en Person som sin Successor, med hvem han aldrig direkte eller ved Mellemmand har kontraheret, henholdsvis i Debitors og Kreditors Villie urigtigt. Som alle Forsøg i den Retning hidindtil have været forgjæves, saaledes lader det sig med Sikkerhed sige, at de til evige Tider ikke ville bringe Løsningen, ligegyldigt hvor mange Kontrakter man saa vil fingere mellem de forskjellige Personer. Det Tvivlsomme i dette Emne kan formentlig alene søges i de Tilfælde, hvor Debitor paa utilregnelig Maade i et Omsætningsdokument har udtalt noget om en Skyld, der ikke existerer, Kreditor paa undskyldelig Maade har mistet Besiddelsen. Sæt at en Røver aftvinger Debitor et Ihændehaverpapir,

som han derpaa skyndsomst afhænder til en Bank; sæt at en Tyv stjæler det veltillaasede Papir fra Kreditor, eller sæt at denne har givet det i Depositum o. s. v. til et Individ, om hvis Paalidelighed han ingen Grund havde til at nære Tvivl, men som nu dog alligevel retstridigt disponerer over det. Der indtræder her atter den Situation, som vi flere Gange i det Foregaaende have havt for os, Spørgsmaalet er, hvem af to aldeles uskyldige Personer et indtraadt Formuetab skal ramme. Vi saa i første Afsnit, at den, der bruger retlige Yttringer, ubetinget skal indestaa for disse, i andet, at Debitors manglende Villie i det kritiske Øieblik skal ignoreres selv da, naar dens Ikke-Tilstedeværelse var fuldstændig utilregnelig, skal nu i Analogi dermed Debitor ubetinget bindes ved de udtalte Ord, skal Tabet blive hos den, der rammes af Røveriet, eller flyttes over paa Banken? En simpel Henvisning til Omsætningens Sikkerhed bringer ikke Afgjørelsen, det er ganske vist, at Handlen med Ihændehaverpapirer vil være mest betrygget, naar Debitor tvinges til at staa ved sine Ord, absolut sikker bliver den dog ingensinde, Talen kan altid kun være om et Mere eller Mindre. Alene i den positive Ret kunne vi vente at finde Svaret. Efter dansk Ret maa det antages, at Tilregnelighed ikke er nogen Betingelse for Forpligtelsens Tilblivelse eller Rettighedens Tab. Det er nemlig en Regel, der kan betragtes som gjældende Ret, at bonae fidei Erhververen af et Ihændehaverpapir ubetinget bliver berettiget efter dette eller, som det pleier at udtrykkes, en Vindikation fra den tidligere Kreditors Side er udelukket. Men er det herefter givet, at Lovgiveren vil, at Erhververen i det udvortes Forhold, hvori Overdrageren staar til Papiret, skal kunne finde en ubetinget Sikkerhed for,

at denne er den berettigede, at altsaa den sande Berettigede ubetinget maa sørge for, at Dokumentet ikke kommer i Andres Værge, hvis han ikke uden alt Hensyn til Tilregnelighed vil være udsat for at miste sin Ret, saa vilde det dog være i høi Grad anomalt, om den ikke paa samme Maade sørgede for Erhververen overfor Debitor og gav ham den Sikkerhed, der overhovedet lader sig opnaa. En Bestemmelse om, at Erhververen af et Omsætningsdokument ubetinget skal kunne stole paa den i samme værende Skylderklærings Indhold, altsaa paa Skyldens Existents overhovedet, derimod ikke paa, at den, der udvortes taget fremstiller sig som Kreditor efter samme, virkelig er dette, er om end mindre konsekvent dog tænkelig, Erhververen henvises da til at søge sin Betryggelse i Overdragerens Personlighed [1]). Derimod er den omvendte Regel, at Erhververen skal have en ubetinget Sikkerhed for, at den, der efter de udvortes Forhold er berettiget, virkelig er Kreditor, vel at mærke, hvis overhovedet nogen Kreditor existerer, men ikke nogen Sikkerhed for denne sidste Omstændighed, som det dog fremfor Alt maa være magtpaaliggende at have paa det Rene, principløs. Det staar fast, at det for Kreditor efter et Ihændehaverpapir er forbundet med en vis Risiko at have et saadant liggende i sin Skuffe, kommer det bort derfra, skal han efter Lovgivningen i Omsætningens Tarv finde sig i efter Omstændighederne at miste sin Ret, det vilde nu dog være fuldstændigt uforklarligt, om det skulde være forbundet med mindre Fare for Udstederen at have

---

[1]) Paa den Maade staar formentlig Sagen efter dansk Ret med Hensyn til paa Navn lydende transportable Gjældsbreve.

det af ham nedskrevne fuldfærdige Papir liggende i sin Skuffe, om hans Ansvar blev betinget af, at det kunde tilregnes ham, at Papiret kom bort. At lade Erhververens Stilling være forskjellig alt efter den forskjellige Skuffe, ud af hvilken Papiret er stjaalet, vilde være at opstille en Distinktion, der ikke kunde forsvares, thi ses der paa deres Stilling, hvem der er Spørgsmaal om at paabyrde Tabet, synes der under Forudsætning af Utilregnelighed lige lidt Grund til at gjøre dem ansvarlige, men ses der paa Erhververens Sikkerhed ligemegen. At Resultatet juridisk set bliver et helt forskjelligt, idet, hvor Papiret kommer ud af Udstederens Værge, en ny Fordring opstaar, medens i det andet Tilfælde en tilværende Ret overføres, kan ikke gjøre nogen Forandring. Indrømmer man herefter som en Konsekvents af den gjældende Lovgivning, at Debitor i det brugte Exempel overfor en godtroende Erhverver er afskaaren fra den Indsigelse, at han ingensinde har kontraheret nogensomhelst Forpligtelse med Nogensomhelst, er det end mere klart, at han ikke kan gjøre Indsigelser gjældende, hentede fra at han har kontraheret i et andet Omfang end Papiret udviser. Til hvad der er sagt, kan der endnu føies, at om end i denne Materie ellers maaske vanskeligt Noget kan udledes af F. 9 Febr. 1798, det dog ialfald fremgaar af denne, at Debitors Ansvar overfor en godtroende Erhverver ingenlunde ganske i Almindelighed er betinget af, at det kan tilregnes ham, at Gjældsbrevet har meldt om en Skyld, der ikke existerede. Ifølge Forordn. afskjæres nemlig Debitor ubetinget overfor godtroende Erhververe af et Gjældsbrev fra at gjøre Betalingsindsigelsen gjældende, naar ikke selve Papiret er forsynet med en Paategning om den skete Betaling. Det behøver ikke at udføres, at Debitors

Undladelse i den nævnte Retning paa mangfoldige Maader kan tænkes at være fuldstændig utilregnelig. Paavisningen heraf frigjør ikke Debitor, det er Lovgiverens Synspunkt, at Tabet i det nævnte Tilfælde skal blive hos ham. Efter dansk Ret er altsaa ved Omsætningen af Ihændehaverpapirer al den Sikkerhed tilstræbt og opnaaet, der overhovedet er tænkelig [1]). Den, der i god Tro ved Omsætning erhverver et saadant, er kun udsat for en eneste Indsigelse, nemlig den, at Papiret er forfalsket, at dets Indhold slet ikke eller ikke i dets fulde Omfang hidrører fra Debitor [2]).

Er det i det Foregaaende Anførte blot i Grundtanken rigtigt, giver Ihændehaverpapirets Konstruktion sig af sig selv. Papiret som saadant er underkastet Tingsrettens, den ved samme konstaterede Fordring saavel hvad Stiftelse, Overgang, Ophør angaar, Obligationsrettens almindelige Regler. Papiret er et Bevisdokument og intet andet, der som legemlig Gjenstand kan derelinkveres, okkuperes, fysisk tilintetgjøres, uden at disse Begivenheder i og for sig indvirke det allerringeste paa Fordringens Skjæbne. Fordringen er ligesaa lidt paa hemmelighedsfuld Maade

---

[1]) Ved et moderne, almindelig europæisk Institut som Ihændehaverpapiret er det ikke uden Interesse at fremhæve, at Forholdet efter den tyske Handelslov er det samme, jf. H. G. B. Art. 307, Art. 303, Art. 305 smh. med tyske Vexellov Art. 74. I Tyskland er herefter endog den godtroende Erhverver saavel af et Ihændehaver- som af et Ordrepapir under Forudsætning af Dokumentets Ægthed fuldstændig sikker. I sidstnævnte Retning er man altsaa kommen et Skridt længere end i Danmark.

[2]) Herunder falder den mekaniske Tvang.

knyttet til Papiret, som Eiendomsretten over den faste Eiendom er knyttet til Skjødet. Man kan være Eier af Papiret og dog ikke Kreditor, omvendt Kreditor og dog ikke eie Papiret. Naar Udstederen nedskriver en Forpligtelseserklæring paa fremmed Papir, bliver den, hvem dette tilhører, ligesaa lidt Kreditor som den bliver Eier af en fast Eiendom, paa hvis Papir Overdragelseserklæringen skrives. Tilsyneladende medfører rigtignok Dualismen mellem Papir og Obligation uheldige Følger, forsaavidt man gaar ud fra, at hint, skjøndt uundværligt for Kreditor, vil kunne vindiceres fra ham. Imidlertid er just dette urigtigt. Naar Nogen benytter fremmed Papir til et Skjøde eller et andet Retsdokument, naar en fremmed Protokol er benyttet som Kirkebog, som Skjøde- og Panteprotokol o. s. v., naar en Forfatter benytter fremmed Papir til Manuskript, kan efter Tingsrettens almindelige Regler en Vindikation af henholdsvis Skjøde, Kirkebog, Manuskript ikke finde Sted, Eiendomsretten over Materialet er gaaet tilgrunde ved Specifikation. Saaledes staar nu ogsaa Sagen med Hensyn til det til Ihændehaverobligationen benyttede Papir. Det Tilfælde er vel tænkeligt — men heller ikke stort mere — at dette som legemlig Ting har en betydelig Værdi, at derfor Eiendomsretten over det særligt kan bevares. At gaa ind paa de Forviklinger, der herved kunne opstaa, er der slet ingen Grund til, saa meget mere som i Tingsretten selv den fuldstændige Løsning findes. Her kunne vi som den ubetinget almindelige Regel slaa fast, at den, der er Kreditor, tillige er Eier af Papiret, hvorfor Spørgsmaalet om Vindikation af dette saa godt som altid falder sammen med Spørgsmaalet om Kreditorberettigelsen.

Vel maa man imidlertid vogte sig for at vende Forholdet om og gjøre til det principale, hvad kun er sekundært. Den Omstændighed, at Kreditor optræder som vindicerende et Papir, maa ikke forlokke os til at betragte Fordringen som legemliggjort i dette, og følgelig underkastet Tingsrettens Regler om Hævd, Dereliktion, fysisk Undergang o. s. v. Kan man ikke tale om Fordringens Vindikation uden at udsætte sig for slige Misforstaaelser, bør hint Udtryk helt opgives: Tingsretten har Intet, slet Intet at gjøre med den ved Papiret konstaterede Fordring, paa denne finder — hvad der ligger i selve Ordet — alene Fordringsretten Anvendelse.

Hovedspørgsmaalet er altsaa: hvem er Kreditor efter et Ihændehaverpapir og Svaret herpaa er: den, der i Overensstemmelse med de almindelige Kontraktsregler har erhvervet Fordringen umiddelbart af Debitor eller den, der ligeledes i Henhold til de almindelige Regler ved Overdragelse har erhvervet Fordringen enten fra en virkelig Kreditor eller fra en saadan, som han efter samtlige foreliggende Omstændigheder maatte anse for berettiget; for ensidige Forpligtelser bliver der intetsteds Rum. Berettiget er følgelig i og for sig hverken Eieren eller den borgerlige eller den naturlige Besidder. Ikke nogen antagelig Grund vil kunne anføres for, at Tyven eller Depositaren bliver Kreditor, thi den første har overhovedet ikke indgaaet nogensomhelst Kontrakt, den sidste har vel indgaaet en saadan, men ikke med det Indhold, at han skal være berettiget. Den Mulighed er altsaa unægteligt tilstede, at den, der med Papiret i Hænde indkræver Betalingen hos Debitor, slet ikke er berettiget. At denne, naar han iøvrigt ikke har nogen Grund til at tvivle om

Præsentantens Ret, gyldigt kan betale til ham, er en Virkning, der baade er utvivlsom og, som tidligere sagt, nemt forklarlig. Det Tvivlsomme er: maa Debitor ogsaa i dette Tilfælde betale, eller er han beføiet til af Præsentanten at fordre Bevis for den Kontrakts Existents uden hvilken Ingen kan blive berettiget? Dette, der i høi Grad vilde svække Ihændehaverpapirets Omsætningsdygtighed, maa benægtes. Man sammenligne de Tilfælde, hvor en Theaterbillet præsenteres af en virkelig Berettiget, med dem, hvor det er en Tyv, Depositar o. s. v., der begjærer Indgang, for at føle det Urimelige i af Hensyn til, at en enkelt Gang imellem Aar og Dag den Urette kan snige sig ind, at forlange anden og udførligere Legitimation af de Titusinder virkelig Berettigede end den, der ligger i Billettens Besiddelse. Ifølge Livsforholdenes sædvanlige og naturlige Gang maa Ihændehaveren formodes at være berettiget, saalænge ikke et fuldstændigt Bevis for det Modsatte er ført. At dette Modbevis til enhver Tid staar Debitor aabent, vil derimod ikke kunne nægtes. Resultatet er altsaa: ved Ihændehaverpapiret finder ikke nogensomhelst Eiendommelighed Sted, der ikke fuldt ud kan forklares ved de os historisk overleverede Begreber.

Hermed er Udviklingen tilendebragt. Den i Indledningen fremsatte Paastand, at Aarsagen til, at forskjellige af Formuerettens Grundproblemer have maattet henstaa uløste, maa søges i, at man i den individuelle Villie har villet finde Forklaringen til enhver Retsvirkning, der indtræder, har, som vi haabe, i det Foregaaende faaet en

tilstrækkelig Begrundelse. Den, der med Forfatteren gaar ud fra, at der existerer visse almindelige objektive Pligter, der, som udført, uden frivilligt at være overtagne, ere de Hængsler, paa hvilke hele Samhandlen dreier sig, vil hverken i Spørgsmaalet om Kontrakters Afslutning eller ved Konstruktionen af Ihændehaverpapiret finde nogen uløselig Vanskelighed.

Indholdsangivelse.

Tredie Afsnit.

Side

Ihændehaverpapirets retlige Konstruktion.

Første Hovedgruppe.

De Forfattere, der paa Grundlag af givne Begreber forklare de ved Ihændehaverpapiret forekommende eiendommelige Regler.

Anden Hovedgruppe.

De Forfattere, der i Ihændehaverpapirets Interesse bryde med nedarvede Begreber.



